Die
Mora des Schuldners

nach

Römischem und heutigem Recht

von

Dr. Karl Friedrich Ferdinand Kniep,
Advocaten in Rostock.

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

Zweiter Band.

Rostock.
Stiller'sche Hofbuchhandlung.
(Hermann Schmidt.)
1872.

Druck von Adler's Erben.

In Nr. 33 des Literarischen Centralblattes vom 19. August 1871 ist über den ersten Band dieses Werkes eine A. B. unterzeichnete Recension enthalten, von der ich nicht weiß, was ich von derselben eigentlich denken soll.

Zunächst hat der Herr Recensent allerhand an meiner Schreibweise auszusetzen — Ausstellungen, die sich jedenfalls im Munde eines Mannes eigenthümlich ausnehmen, dessen eigne Ausdrucksweise doch sicherlich nicht als eine nachahmungswürdige zu empfehlen sein dürfte.

Dann gefallen dem Herrn Recensenten meine Beispiele nicht. Derselbe meint in dieser Beziehung: meine Phantasie halte sich mit meiner Schreibweise auf gleicher Höhe.

Diesen Tadel verstehe ich nicht. Die von mir gebildeten Beispiele sind dem Leben entnommen; und ich vermag nicht einzusehen, wie es einem Rechtsgelehrten zum Vorwurfe gereichen könnte: wenn derselbe die Erscheinungen, die das Leben bringt, zum Gegenstande seines Nachdenkens macht.

Mit Vorliebe habe ich die kleinen Rechtsfälle gewählt, wie sie das Leben tagtäglich bietet; weil gerade diese häufig die allerlehrreichsten und am schwierigsten zu entscheiden sind. Für den Verständigen bedarf dies keiner weiteren Bemerkung. Ist der Herr Recensent in dieser Beziehung anderer Ansicht; vermag er einer solchen Thätigkeit keinen Geschmack abzugewinnen; zieht er es vielmehr vor, Phantasiegebilden nachzujagen — ich will ihn bei solcher Beschäftigung nicht stören.

Das sind indes alles noch Nebensachen. Ueber den Werth oder Unwerth eines wissenschaftlichen Buches entscheidet vor allen Dingen sein Inhalt.

In dieser Beziehung meint nun der Herr Recensent:

„daß der Verf. weder im Stande ist: fremde Ansichten zu würdigen und zu widerlegen, noch auch selbst einen brauchbaren Gedanken zu formuliren, da es ihm an allem juristischen Gestaltungs= und Unterscheidungsvermögen gebricht".

Daß diese Worte so, wie sie gesetzt, ernstlich gemeint: muß man wohl annehmen. Unter dieser Voraussetzung handelt es sich aber zunächst doch immer nur um ein subjectives Dafürhalten des Herrn Recensenten. Und von einem Recensenten, der sich ein solches Urtheil erlaubt, sollte man billiger Weise erwarten: daß er dasselbe eingehend durch den Inhalt des Buches gerechtfertigt hätte. Statt dessen hat sich aber der Herr Recensent darauf beschränkt: aus meinem Buche zwei Paragraphen herauszugreifen. In Bezug auf den einen, § 9, bemerkt er dann: daß ihm dessen Inhalt sehr verworren vorkomme — ohne freilich näher anzugeben, worin die Verworrenheit eigentlich bestehe. D. h. m. a. W.: der Herr Recensent hat es für seine Behauptung an jeglicher Begründung fehlen lassen.

So bleibt denn als Gegenstand der Recension nur ein einziger Paragraph übrig. Und um dem Herrn Recensenten ja nicht zu nahe zu treten, will ich wörtlich hierher setzen, was derselbe in Bezug auf diesen Paragraphen vorbringt.

„Zur Kennzeichnung der positiven Thätigkeit des Verf.'s möge es genügen, den § 18 (Zweck der Mahnung) besonders hervorzuheben. Hier heißt es: Zweck der Mahnung ist, die Aufhebung einer Obligation herbeizuführen; eine Erklärung aber, die diesen Zweck hat, ist eine Kündigung. Und nun folgen im trauten Verein als Arten eines und desselben Gattungsbegriffes: die Kündigung, welche ein Vertragsverhältnis aufhebt; diejenige, welche die Fälligkeit der Schuld herbeiführt; endlich diejenige, welche den Schuldner in Verzug setzt, jede natürlich wieder mit der gehörigen Anzahl von Unterabtheilungen. Da darf sich der Verfasser freilich nicht wundern, wenn er lange hat suchen müssen, bis er dies alles beisammen gefunden hat."

Zuvörderst hat es dem Herrn Recensenten gleich am Eingange seiner Einzigenparagraphensrecension gefallen: den von mir ausgesprochenen Gedanken bis zur Unkenntlichkeit zu entstellen. Ich sagte:

„Zweck der Mahnung ist, die Aufhebung einer Obligation herbeizuführen. Sie gehört demnach zur Classe derjenigen Erklärungen, die den nämlichen Zweck verfolgen, und von denen wir sie daher abzugrenzen haben.

Man kann sämmtliche auf Aufhebung einer Obligation gerichtete Erklärungen unter dem Namen Kündigung zusammenfassen."

Ich habe also den öconomischen Zweck der Mahnung darein gesetzt: daß sie bestrebt sei, die Aufhebung einer Obligation herbeizuführen.

Da nun der Herr Recensent in dem von mir über den öconomischen Zweck der Mahnung Gesagten den Beweis für seine Behauptung findet: daß es mir „an allem juristischen Gestaltungs- und Unterscheidungsvermögen" gebreche — so wird derselbe über den Zweck, dem die Mahnung dient, vermuthlich anderer Ansicht sein.

Unter dieser Voraussetzung möchte ich dem Herrn Recensenten, falls ihm in diesem Punkte überall um sachliche Belehrung zu thun, den guten Rath ertheilen: sich beim ersten besten Geschäftsmanne zu erkundigen, zu welchem Zwecke derselbe seine Mahnbriefe schreibt: ob demselben etwa daran liegt, seine Ausstände in zinsentragende zu verwandeln, ob derselbe nicht vielmehr seine Gelder einziehen will.

Zweck der Mahnung ist: die Aufhebung einer Obligation herbeizuführen. Wer dies auch nur einen Augenblick bezweifeln kann, verräth damit eine entsetzliche Unkunde des Rechtslebens.

Und weil dies der Zweck der Mahnung, war sie von denjenigen Erklärungen näher abzugrenzen, die den nämlichen Zweck verfolgen, und die ich unter dem Namen Kündigung zusammengefaßt habe.

Wenn der Herr Recensent meine Thätigkeit in dieser Beziehung dahin angibt: ich hätte diejenige Kündigung, welche die Fälligkeit der Schuld herbeiführe, und diejenige, welche den Schuldner in Verzug setze, als Arten eines und desselben Gattungsbegriffes aufgefaßt; so hat mir derselbe bei dieser Gelegenheit, vielleicht ganz ahnungslos, schweres Unrecht zugefügt.

Ich habe nämlich ausführlich auseinander gesetzt, was dem Herrn Recensenten vermuthlich neben anderm entgangen sein wird: daß die hergebrachte Anschauung, welche Verzug und Fälligkeit einander gegen-

über stellt — nicht zu halten ist. Fälligkeit ist keine Voraussetzung der Mahnung. Und gerade aus diesem Grunde war ich genöthigt, mich mit dem Begriffe Kündigung in anderer Weise abzufinden, als von den bisherigen Schriftstellern über die Mora geschehen, und hierzu war der vom Herrn Recensenten so mitleidsvoll behandelte § 18 bestimmt. Bei dieser Gelegenheit ließ ich die Bemerkung fallen:

„wer im heutigen System den Begriff Kündigung suchen wollte, der kann lange suchen, ehe er alles beisammen findet".

Damit habe ich natürlich sagen wollen: daß der so tief in's Rechtsleben eingreifende Begriff Kündigung i. w. S. bisher von der Theorie auf ganz unverantwortliche Weise vernachlässigt sei. Der Herr Recensent hat diese Bemerkung aber allen Ernstes buchstäblich verstanden. Dies beweisen seine Worte: „da darf sich der Verfasser freilich nicht wundern, wenn er lange hat suchen müssen, bis er dies alles beisammen gefunden hat."

Allein in dieser Beziehung bin ich in der erfreulichen Lage, dem Herrn Recensenten die beruhigendsten Zusicherungen geben zu können: 1) daß solche Suchungen, in mir freilich unbekannten Büchern, schwerlich irgend welche Ausbeute gewährt hätten; 2) daß ich solche Suchungen jedenfalls nicht angestellt; und 3) noch viel weniger das Ergebnis solcher Suchungen in meinem Buche zusammengestellt habe.

Nachdem ich jetzt die oben ausgeschriebene Einzigenparagraphensrecension, wie ich glaube, in ihren Einzelheiten hinlänglich gewürdigt habe, möchte ich den Leser bitten: dieselbe noch einmal in ihrer Ganzheit zu betrachten. Wer dieselbe unbefangen liest, muß die Vorstellung gewinnen: als hätte ich in meinem Buche Mahnung und Kündigung i. w. S. bunt durch einander geworfen. Und dieselbe Vorstellung muß doch auch der Schreiber dieser Bemerkung, der Herr Recensent, gehabt haben. Nun ist meine Thätigkeit aber gerade eine entgegengesetzte gewesen. Ich habe nicht zusammengeworfen, sondern die Mahnung von der Kündigung i. w. S. ausgeschieden. Und nachdem ich diese Abgrenzung vorgenommen, was im mehrgedachten § 18 geschehen, beschäftige ich mich, und zwar von Seite 166 an, lediglich mit den Voraussetzungen der Mahnung. Diesen Theil meines Buches, beiläufig 430 Seiten, kann demnach der Herr Recensent nicht einmal flüchtig durchblättert haben.

Und daß der Herr Recensent mein Buch der Hauptsache nach gar nicht gelesen hat, ergibt sich noch auf andere Weise.

Ich habe nämlich in diesem Buche folgende Hauptgedanken entwickelt.

Das Römische Recht kennt eine doppelte technische Mora: eine Mora im engern und eine Mora im weitern Sinne. Die Mora im engern Sinne entsteht lediglich durch Mahnung, alle übrigen Fälle gehören der Mora i. w. S. an. Das Ursprüngliche ist die Mahnungsmora, an die sich im Laufe der Zeit die Mora i. w. S. erst angesetzt hat. Die Römer sprechen da von einer Mora i. w. S., wo Wirkungen, welche sonst eine Folge der Mahnung sind, ohne Mahnung eintreten. Man kann diese Fälle auch unter dem Namen abgeleitete Mora zusammenfassen.

Genau genommen ist diese abgeleitete Mora ein ziemlich unschuldiger Begriff: die Römer hätten die einzelnen Fälle, welche sie darunter gestellt haben, leicht noch mehren, aber ebenso gut auch mindern können. Manche Fälle sind heutzutage unpractisch, und das Wenige, was nachbleibt, wird besser an andern Stellen des Systems vorgetragen, als gerade neben der Mahnung. So behalte ich denn lediglich die Mahnungsmora nach.

Nun ist Verzug eine Thatsache wie urere und rumpere. So gut wie von einem technischen Verzuge, müßte man auch von einem technischen urere und rumpere sprechen. Andererseits macht sich der Verzug im Rechtsleben in gar weitem Umfange geltend. Es hat gar keinen Sinn: einen oder den andern Fall des Verzugs zum technischen zu stempeln, und andere Fälle dagegen als nichttechnisch zu behandeln. Um demnach Harmonie in die juristische Kunstsprache zu bringen, verwerfe ich den technischen Verzug ganz und gar, so daß nur die Mahnung übrig bleibt.

Die Mahnung führt entweder zum Ziele, oder es ist dies nicht der Fall: der Schuldner beachtet entweder die Mahnung, oder er läßt sie unbeachtet. Den Rechtsgelehrten kümmert insonderheit die nichtbeachtete Mahnung.

Die Nichtbeachtung der Mahnung stellt sich als ein Anwendungsfall des negativen Civilunrechts dar. Und wie es ein subjectives

und objectives Civilunrecht gibt, hat auch die Mahnung keineswegs nothwendig Verschuldung zu ihrer Voraussetzung.'

Ebenfalls ein alter Irrthum ist es: daß Fälligkeit der Obligation ein Erfordernis der Mahnung sei. Dies ist so wenig der Fall, daß die Mahnung schon Vorhandlungen gegenüber durchaus als zulässig erscheint.

Ob eine Mahnung wirksam sei: hängt zu sehr von den Umständen des einzelnen Falles ab, als daß sich hier Regeln aufstellen ließen, die überall ohne weiteres zuträfen. Man hat die Mahnung bisher viel zu formell behandelt. Der Ausspruch in fr. 32 pr. Us. 22, 1: an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam juris — ist bisher in der nachrömischen Wissenschaft lange nicht in der Weise, wie er es verdient, zur Geltung gelangt.

Das wären ungefähr die Hauptsätze, die ich im ersten Bande ausführlich erörtert habe. Wie verhält sich diesen Hauptsätzen gegenüber der Herr Recensent? Er beobachtet das tiefste Schweigen — eine Thatsache, die nur die eine Erklärung zuläßt: daß der Herr Recensent mein Buch der Hauptsache nach gar nicht gelesen haben kann. Jedenfalls wäre diese Annahme für das Verhalten des Herrn Recensenten das denkbar mildeste Urtheil.

Doch ich bin mit der Thätigkeit des Herrn Recensenten noch nicht zu Ende. Statt sich nämlich mit dem Hauptinhalte meines Buches zu beschäftigen, hat derselbe eine ganz beiläufig von mir über die actio legis Aquiliae hingeworfene Bemerkung aus dem Zusammenhange herausgerissen und zum Gegenstande folgenden Ausrufes, oder, wenn man will, Frage gemacht:

„Was sagen endlich unsere Leser zu folgendem Satze (S. 92): „„Die actio legis Aquiliae ist gar keine einheitliche Klage. Theils umfaßt sie eine Contractsculpa, theils ist sie eine Eigenthumsklage, theils eine Pfandrechtsklage, und müßte im heutigen Systeme in ihre verschiedenen Bestandtheile aufgelöst werden und als solche verschwinden.""

Zunächst hat der Herr Recensent meinen Gedanken trotz der Anführungszeichen nicht einmal genau wiedergegeben; denn hinter Pfand-

rechtsklage ist **u. s. w.** ausgefallen, was gar nicht unwesentlich war. Der Römischen actio legis Aquiliae entsprechen nämlich im heutigen Recht eine Reihe ganz verschiedener Klaghandlungen, je nachdem das verletzte Recht ein verschiedenes ist. Und daß die actio legis Aquiliae auch die Contractsculpa umfaßte, ergibt sich einfach schon daraus: daß sie mit den Contractsklagen frei concurrirte. (Vgl. z. B. Pernice, Sachbeschädigungen, S. 78 u. sonst.) Ueberhaupt geht das Römische Recht in der hier fraglichen Beziehung von einer ganz andern Anschauung aus, als das heutige. Nach Römischem Recht gilt der Grundsatz „nulla actio sine lege“ (vgl. Jhering, Geist des R. Rts. Bd. II, 1. Aufl. S. 654, 2. Aufl., S. 617); nach heutigem hingegen wird „Rechtsschütz im allgemeinen“ gewährt (vgl. Neuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 204, 205). Soweit wir heutzutage Rechte anerkennen, soweit schützen wir sie auch gegen Beschädigung. Und diese Verschiedenheit zwischen beiden Rechten, folgerichtig durchdacht, führt allerdings zu einer Auflösung der actio legis Aquiliae in ihre einzelnen Bestandtheile und deren Verschwinden im heutigen System als solcher.

Um indes auf die Frage des Herrn Recensenten zurückzukommen: was man zu dieser Bemerkung sagen soll? Ich dächte jedenfalls: daß der Herr Recensent sie gar nicht verstanden hat.

Der Schluß der Recension ist der ganzen Arbeit, die wenig Gewissenhaftigkeit verräth, und ebensowenig dem Verstande des Recensenten sonderlich zur Ehre gereichen dürfte, durchaus würdig.

Der Herr Recensent scheidet nämlich „von dem Buche mit dem lebhaften Wunsche, daß der zweite Theil desselben ungedruckt bleiben möge“.

Es kann mir nicht in den Sinn kommen, dem Herrn Recensenten in gleichem Tone zu antworten. Ich beschränke mich vielmehr darauf — nur für den Fall, daß es dem Herrn Recensenten überall gefallen sollte, auch diesen zweiten Band zum Gegenstande seiner Betrachtungen zu machen — ein paar Wünsche auszusprechen, deren Erfüllung einem Recensenten nicht schwer fallen sollte.

Erstens: der Herr Recensent befleißige sich einer Ausdrucksweise, wie sie einer wissenschaftlichen Discussion angemessen sein dürfte.

Zweitens: der Herr Recensent unterzeichne statt des mehrdeutigen A. B. mit seinem vollen Namen.

Drittens: der Herr Recensent gebe wenigstens den Hauptinhalt meines Buches an.

Eigentlich sollten Recensionen nur von Gelehrten geschrieben werden, die ein Buch wirklich durchgearbeitet haben. Aufgabe solcher Recensenten ist es dann, gewissenhaft zu prüfen: ob und wie fern die neuen Ansichten, welche der Verfasser aufgestellt hat, zu halten sind. Jedenfalls haben nur solche Recensionen wissenschaftlichen Werth. Wenn ich demnach hier nur verlange, daß der Herr Recensent über den Hauptinhalt meines Buches nicht mit Stillschweigen hinweggehe; so glaube ich die Anforderungen, welche ein Schriftsteller an einen Recensenten zu stellen berechtigt ist, auf das denkbar geringste Maß zurückgeführt zu haben.

Doch ich komme mit all meinem Wünschen vielleicht schon zu spät. Am Ende soll gar in dem Schlußsatze die Recension über den zweiten Band schon enthalten sein? Man wird einwenden: daß der zweite Band damals noch gar nicht gedruckt war. Allein so gut der Herr Recensent den ersten Band recensirte, ohne ihn der Hauptsache nach gelesen zu haben, warum sollte sich sein Recensionseifer nicht auch gleich auf Ungedrucktes erstreckt haben?

Rostock, den 9. März 1872.

Inhalts-Uebersicht.

Fünfter Abschnitt.

Wirkungen der Mahnung.

Zusätze und Berichtigungen.

Seite 9 Zeile 13 v. o. lies als statt daß.
„ 10 „ 14 v. u. ist vor redlich einzuschalten: so weit thunlich.
„ 33 „ 2 v. u. lies § 4 J. statt § 47.
„ 34 „ 3 v. o. lies fr. 5 statt fr. 3.
„ 39 „ 16 v. o. lies vorvorigen statt vorigen.
„ 42 „ 1 v. u. lies 88 statt 87.
„ 59 „ 4 v. u. lies Alluvion statt Allurion.
„ 60 „ 9 v. o. lies § 2 statt § 3.
„ 62 „ 5 v. u. lies 13, 3 statt 13, 1.
„ 106 „ 7, 10, 20 v. o. lies Interesse=Surrogat statt Surrogat=Interesse.
„ 120 „ 7 v. o. lies 3 statt 4.
„ 126 „ 2 v. u. ist das Komma nach „auch" statt vor „auch" zu setzen.
„ 193 „ 12 v. o. ist hinter Mahnungszinse einzuschalten: nicht etwa ein Interesse=Surrogat, sondern.
„ 193 „ 6 v. u. ist hinter nicht einzuschalten: unbedingt.
„ 272 „ 8 v. u. lies 34 statt 24.
„ 272 „ 3 v. u. ist hinter Mahnungszinse ausgefallen: mindestens um dieselbe Zeit, wie die Rechtszinse.
„ 273 „ 5 v. o. lies ea statt eo.
„ 309 „ 8 v. u. ist hinter interest einzuschalten: oder der Gebrauch eines andern kürzern Ausdruckes.
„ 343 „ 11 v. u. Aehnlich erklärt auch das R. O. H. G. Entsch., Bd. III, S. 212, die Worte „wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt".
„ 357 „ 10 v. u. Penus ist ein in etymologischer Beziehung noch dunkles Wort. Zu ἄφενος, mit dem es zusammengebracht, soll es übrigens nicht gehören; und dieses kann auch nicht aus ἀπό + ἕνος entstanden sein, sondern soll mit dem Lateinischen ops zusammenhängen.
„ 359 „ 11 v. u. Hinter Litiscontestation ist hinaus ausgefallen.
„ 389 „ 1 v. u. ist hinter 62 hinzuzufügen: und 91.
„ 395 „ 21 v. u lies 13, 5 statt 13, 4.
„ 412 „ 1 ist des zu streichen.
„ 454. Auch Burckhard, die operis novi nunciatio, Erlangen 1871, S. 224 fgg., erklärt fr. 68 R. V. 6, 1, für interpolirt.
„ 494 Zeile 2 v. o. Hier hätten auch noch angeführt werden können fr. 9 § 3 und fr. 15 § 9 Loc. 19, 2. Vgl. zu diesen Stellen Degenkolb, Platzrecht und Miethe, S. VII.
„ 495 „ 11 v. u. lies certum statt incertum.
„ 496 „ 5 v. o. lies zuzuweisen statt zugewiesen.
„ 536 „ 7 v. o. ist einer vor das ausgefallen.
„ 555 „ 9 v. u. lies und statt oder.
„ 585—587. Hier wäre noch auf die Ausführungen Bekker's, Actionen, Bd. I, S. 96—100, 303—304, Bezug zu nehmen gewesen.

Fünfter Abschnitt.

Wirkungen der Mahnung.

§ 62.

Einleitung.

Man kann in einem doppelten Sinne von einer wirksamen Mahnung sprechen. Die Mahnung ist wirksam in einem Sinne heißt, um nur den regelmäßigen Fall in's Auge zu fassen [1]): die Mahnung verpflichtet den Schuldner zu einer Thätigkeit, die sich in ihrem Endpunkte zur Oblation gestaltet. Die Mahnung ist wirksam im andern Sinne heißt: für den Fall, daß der Schuldner es unterläßt, in angegebener Weise thätig zu werden, also die Mahnung nicht beachtet, treten bestimmte rechtliche Folgen ein, die man Wirkungen der Mahnung zu nennen pflegt. Von diesen Wirkungen soll hier gehandelt werden.

Die Glosse [2]) äußert sich über die Wirkungen der Mahnung in folgender Weise.

> „Haec autem mora sic commissa habet quinque principales effectus.
>
> Primum, quia facit rem, vel interesse tantum aestimari officio judicis prout erat tempore morae, vel coepit esse postea, perseverante tamen mora. —
>
> Secundus effectus est, quia facit currere usuras in contractibus bonae fidei et in quibusdam stricti juris, scilicet in legatis et fideicommissis. — — — — —

---

[1]) Siehe Bd. I., S. 153 und sonst.

[2]) ad legem Mora (32) de usuris 22, 1, ad vocem difficilis.

Item et tertium habet effectum, quia inducit petitionem fructuum in quolibet casu, si petam quod aliquando fuit meum, vel ejus a quo causam habui. alias exigitur litis contestatio in stricti juris judiciis: sed in bonae fidei semper sufficit sola mora. — —

Quartum habet effectum in casu speciali: quia punit in tertiam partem ejus quod debetur: ut C. de inoffici. testam. l. si quis [in] suo.

Quintum habet effectum circa interitum."

Aemylius Ferrettus unterscheidet zwischen den obligationes dandi et tradendi einerseits und den obligationes faciendi andererseits. Für die letzteren nimmt er als einzige Wirkung das Interesse an [3]).

„Hoc est quod dicimus, in faciendi obligationibus succedere obligationem ad id quod interest."

Dagegen für die obligationes dandi et tradendi hat er folgende fünf Wirkungen;

„Primus offert se effectus utilitas aestimata vel aestimanda" [4]).

„Secundus effectus fructuum est" [5]).

„Tertius effectus est usurarum" [6]).

„Quartus autem verusque effectus morae est interitus ejusque periculum" [7]).

„Ultimus morae effectus est, ut quando illum scire oporteat se debere praedo evadat et malae fidei" [8]).

Contius [9]) bringt folgende vier Wirkungen:

„Hanc poenam constituerunt veteres ut per culpam (id est moram culpandam) perpetuetur obligatio re seu certa specie perempta post moram." — — — —

„Secundus effectus morae est ac secunda poena,

---

[3]) Libellus singularis de mora § 53.

[4]) a. a. O. § 30 fgg.

[5]) a. a. O. § 32 fgg.

[6]) a. a. O. § 42 fgg.

[7]) a. a. O. § 45 fgg.

[8]) a. a. O. § 48.

[9]) Tractatus de diversis morae generibus, Caput VIII de effectu morae proprie dictae, seu de ejus poena.

seu primi effectus quoddam membrum, et quaedam accessio, quod si res post moram exstet et detur, sed deterior facta a tempore morae, vel corrupta vel deminuta, teneatur debitor quoque hujus deteriorationis nomine, ut, quod de toto interitu dictum est, dicatur et de interitu partis seu diminutione, perpetuari quoque diminutae partis aestimationem.“ — — —

„Tertius effectus est morae (quae tamen per litis contestationem fit) ut a tempore accepti judicii seu litis contestatae Causa omnis restituenda sit praeter rem ipsam quae erat in obligatione, id est, id omne quod habiturus esset actor si litis contestandae tempore fundus aut Stichus petitus, solutus esset: ne moratori mora sua sit lucrosa.“ — — — — — —

„Quartus effectus morae non generalis ut caeteri tres, sed in certis tantum condictionibus locum habere creditur ut fructus restituantur.“

Dagegen schließt Contius drei Wirkungen ausdrücklich aus.

„Qui hunc morae effectum tradunt: quod post eam venit id quod interest, itemque usurae, falluntur ut postea dicemus, ut et qui dicunt eam facere quem malae fidei et praedonem.“

Donellus hat versucht, die Wirkungen der Mahnung auf zwei leitende Grundgedanken zurückzuführen, und drückt sich hierüber in seinen Commentarii de jure civili [10]) sehr prägnant dahin aus:

„Mora a debitore facta, ejus vis duplex est: una cernitur in accessionibus rei debitae, ut in fructibus, et usuris; altera in rei debitae periculo.“

Dagegen hat v. Madai [11]) geglaubt: mit dem einen Hauptprincip der perpetuatio obligationis auskommen zu können.

Wolff [12]) stellt als oberstes Princip für die Wirkungen der subjectiven Mora den Satz auf: der morosus hat seinem Obligations-Interessenten omne id quod interest zu prästiren — faßt sich im übrigen sehr kurz.

---

[10]) Lib. 16, Cap. 2, § 14. — Ausführlicher handelt Donell über die Wirkungen ad Tit. Dig. de Usuris et Mora, Cap. V de Mora § 57—76.

[11]) Mora § 43 u. sonst.

[12]) Mora § 37—40.

Mommsen[13]) hat dann dieses Interesseprincip ausführlicher entwickelt, muß indeß zugeben: daß die Wirkungen der Mahnung „zum Theil allerdings etwas abweichend von den allgemeinen Regeln über das Interesse festgestellt sind“ [14]).

So sehen wir denn: wie mit Donell das Streben beginnt, für die Wirkungen der Mahnung leitende Grundgedanken zu finden. Ob und in wie fern dies möglich sein wird: das ist eine Untersuchung, die ich besser bis zum Schlusse dieses Abschnittes verschiebe. Zuvörderst will ich hier die einzelnen Wirkungen, welche das positive Recht mit der Mahnung verknüpft hat, in folgender Reihenfolge erörtern:

1) Obligationsverlängerung zu der Wirkung, daß der gemahnte Schuldner für Zufall haftet.

2) Einfluß der Mahnung auf den Zeitpunkt der Schätzung.

3) Einfluß der Mahnung auf den Ort der Schätzung.

4) Einfluß der Mahnung auf den Erfüllungsort.

5) Obligationsverlängerung zu der Wirkung, daß eine an sich activ=unvererbliche Forderung activ=vererblich wird.

6) Zinsen.

7) Früchte und sonstige Bereicherung.

8) Wirkungen der Mahnung beim Freiheitsfideicommiß.

9) Verdoppelung des Anspruchs beim Vermächtnis zu frommen Zwecken.

10) Umwandlung einer Nichtgeldleistung in eine Geldleistung.

11) Einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung.

12) Interesse.

Eine nähere Betrachtung dieser Wirkungen wird uns die Ueberzeugung verschaffen: daß es ganz unmöglich ist, sämmtliche Wirkungen der Mahnung unter ein Princip zu bringen. Namentlich reicht auch der Interesse=Begriff hierzu nicht aus.

Andererseits ist aber der Interesse=Anspruch, den die Mahnung erzeugt, eine sehr wichtige Wirkung derselben; mit der ich mich daher vorzugsweise zu beschäftigen haben werde.

Ferner ist Interesse ein Begriff, dessen weder die Römische noch die nachrömische Wissenschaft bisher vollständig mächtig geworden sein

13) Mora § 19—29.

14) a. a. O. S. 269.

dürfte; und zu dessen Bewältigung noch gar viele Arbeit erforderlich sein wird.

Daß ich mich einem solchen Begriffe gegenüber nicht rein anlehnend verhalten kann: wird man begreiflich finden.

Dazu kommt, daß man sich das Interesse bisher vorzugsweise vom Standpunkte der Aquilischen und der Contracts-Culpa aus betrachtet hat. Man dachte sich also vornämlich einen Schuldner, der zunächst durch positive Thätigkeit einen Vermögensunterschied hervorgerufen hat. Hier dagegen handelt es sich um einen Schuldner, der eine Mahnung nicht beachtet, sich also rein negativ verhält, lediglich etwas unterläßt.

Nun soll zwar, wie Windscheid [15]) ganz richtig sagt: das Interesse den Nachtheil ausgleichen, „welcher in der Vermögenslage einer Person durch irgend eine positive oder negative Thatsache eingetreten ist". Auch wird der Begriff Interesse dadurch an sich nicht anders: ob wir es mit einem Schuldner zu thun haben, der zunächst durch positive Thätigkeit, oder einem Schuldner, der lediglich durch negatives Verhalten einen Vermögensunterschied hervorgerufen hat. Gleichwohl tauchen bei einem Schuldner, der sich lediglich negativ verhält, manche Fragen auf, die anderswo gar nicht entstehen. Der Interessebegriff zeigt sich uns daher hier vielfach in einer ganz andern Gestalt, wenngleich die Formel dieselbe bleibt.

Namentlich stoßen wir hier auch auf einen wichtigen Gegensatz zwischen heutigem und Römischem Recht, der bisher in der Weise, wie er es verdient, noch gar nicht ans Licht gezogen ist. Nach klassischem Rechte war es die Regel: daß das Urtheil auch bei Nichtgeldleistungen auf Geld ging. Diese Regel galt auch noch für das Justinian'sche Recht, obwohl man bisher angenommen hat: daß es sich wenigstens bei den Obligationen auf Sachleistungen nach Justinian'schem Rechte schon anders verhalte.

Nach heutigem Recht hingegen geht das Urtheil bei Obligationen auf Nichtgeldleistungen regelmäßig auf die Leistung selber.

Nun erhält aber der Interesseanspruch bei Nichtgeldleistungen einen ganz verschiedenen Inhalt: ob ich mir ein Urtheil denke, das auf die Leistung selber geht, oder das meinen ganzen Anspruch sofort in Geld abschätzt.

---

[15]) Pandekten Bd. II., § 257.

Denn je nachdem das Urtheil so oder so lautet, spaltet sich der Interesseanspruch in die beiden Begriffe: Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.

Das Römische Recht kennt fast nur den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Der Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung tritt daneben gänzlich zurück und ist nur höchst kümmerlich entwickelt.

Dagegen der heutige Gläubiger ist vor allen Dingen auf den Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung angewiesen. Der Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung bildet heutzutage die Regel, dagegen der wegen Nichterfüllung die Ausnahme.

Steht aber in dieser Hinsicht das heutige Recht zum Römischen in diametralem Gegensatz — ist, was heute die Regel, im Römischen Recht die Ausnahme, und umgekehrt — so leuchtet ein, daß wir auf die Frage: wann heutzutage ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, und wann ein Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung Statt finde — unmöglich schon eine Antwort im Corpus juris finden können. Und ähnlich verhält es sich mit einer andern Frage: wann ein Gläubiger heutzutage berechtigt ist, eine Obligation einseitig durch Kündigung aufzuheben.

Wenn man bisher angenommen hat: daß wenigstens bei Obligationen auf Sachleistungen das Justinian'sche Recht auf demselben Standpunkte stehe, wie das heutige — so ist diese Annahme nur dadurch möglich geworden, daß man das Justinian'sche Recht zu sehr mit modernen Augen betrachtet hat.

Dann befand sich aber bei Obligationen auf Sachleistungen, möchte man einwenden, ein Gläubiger nach Justinian'schem Recht in einer eigenthümlichen Lage. Der Schuldner hat es in seiner Wahl: ob er die Sache oder Geld leisten will — während dem Gläubiger ein derartiges Wahlrecht abgeht. Die Lage beider scheint eine sehr ungleiche zu sein.

Allein das Römische Recht hat nun gerade den Verlauf genommen, daß es dem Gläubiger die Befugnis beilegte, aus allen Obligationen auf eine bestimmte Summe zu klagen. Das ist die condictio certi generalis, in die man sich bisher nicht recht zu finden gewußt hat; auf deren Entwicklung näher einzugehen, ich aber um so mehr Veranlassung habe, als sie andererseits wieder den Schlüssel zum Ver=

ständnis von c. un. C. de sententiis, quae pro eo, quod interest proferuntur, hergiebt.

Aber nicht bloß in dieser, auch in anderer Beziehung treten gewichtige Unterschiede zwischen heutigem und Römischem Rechte hervor; wie denn überhaupt das heutige Obligationenrecht ein ganz ander Ding ist, als das Römische.

Und in noch höherem Grade als das Obligationenrecht, ist der heutige Proceß ein ganz anderer, als der Römische. Dies wird sich uns namentlich da zeigen, wo wir die Frage zu erörtern haben: in welcher Weise die Mahnungswirkungen geltend zu machen sind.

Das Römische Recht hat hier den Satz: daß die Wirkungen der Mahnung zur Befugnis des Geschwornen gehörten. Diesem Satz, der übrigens gar nicht ausnahmslos galt, hat man für das heutige Recht folgende Fassung gegeben: die Wirkungen der Mahnung werden mit der Klage aus der Hauptobligation geltend gemacht. Sehen wir dann zu: wie man diesen Satz verstanden hat — so ging die Ansicht älterer Rechtsgelehrter vorzugsweise dahin: die Klage aus der Hauptobligation mit entsprechendem Hauptpetitum, als solche, reiche zur Geltendmachung der Mahnungswirkungen hin; der Richter habe von Amtswegen darauf zu erkennen, ohne daß es nöthig sei, um dieselben besonders zu bitten.

Allein diese Ansicht tritt in Widerspruch mit einem Fundamentalsatz unseres heutigen Proceßrechtes: ne eat judex ultra petita partium. Das hat man denn auch in neuerer Zeit eingesehen, und verlangt vom Kläger: daß er um die Wirkungen der Mahnung, welche er geltend machen will, besonders bittet. Andererseits hat man aber auch den Satz beibehalten: daß die Wirkungen der Mahnung mit der Klage aus der Hauptobligation geltend gemacht würden — und man begreift kaum: wie sich beides neben einander halten läßt.

Ganz gewiß bedarf es nach unsern heutigen Proceßeinrichtungen zur Geltendmachung der Mahnungswirkungen besonderer Klagen. Und zwar erzeugt die Mahnung entweder eine Surrogatklage oder eine Nebenklage: jenachdem die Mahnung an die Stelle der ursprünglichen Leistung eine Surrogatleistung setzt oder derselben eine Nebenleistung anfügt.

Im dritten Abschnitt, wo ich vom Gebiet der Mahnung handelte, setzte ich die Frage: welchen Umfang die Mahnung im Römischen

Rechte hatte — einstweilen noch aus [16]). Hier wird der Ort sein, diese Untersuchung nachzuholen, nachdem wir die Wirkungen der Römischen Mahnung sämmtlich kennen gelernt haben.

Und ebenso wird sich hier auch das Gebiet der heutigen Mahnung noch etwas schärfer abgrenzen lassen, als im dritten Abschnitte geschehen.

Die Wirkungen der Litiscontestation sind freilich grundsätzlich von dieser Darstellung fern gehalten [17]). Gleichwohl wird es ersprießlich sein, diese Wirkungen in einem gewissen Umfange mit denen der Mahnung zu vergleichen.

Zum Schlusse soll dann angegeben werden: welches Verhältnis zwischen den einzelnen Wirkungen der Mahnung und dem Interessebegriff obwaltet.

§ 63.

Die Obligationsverlängerung.

Das Ursprungsgebiet der Mahnung war die condictio auf res certa und ihre älteste Wirkung die, daß sie die Obligation verlängerte [1]). Der Quellenausdruck für diese Wirkung ist perpetuarc [2]), efficere perpetuam [3]), facere perpetuam obligationem [4]), d. i. wörtlich „eine Obligation zu einer fortdauernden machen", und producere obligationem [5]), d. i. „eine Obligation in die Länge ziehen, sie verlängern".

Die Mahnung wurde hier gleichzeitig mit der Contractsculpa eingeführt. Uns ist in fr. 91, § 3, V. O. 45, 1, noch die Einführungsconstitution aufbewahrt. Die Wirkung beider war dieselbe. Beide machten die Obligation zu einer fortdauernden.

Vor dieser Constitution war das Schicksal der Condiction ganz vom Schicksale der Sache abhängig gewesen. War die Sache kleiner geworden, so war es auch die Condiction; war die Sache zu Grunde gegangen, so hatte die Condiction dasselbe Loos gehabt.

---

16) Siehe Bd. I., S. 152.
17) Bd. I., S. 64, 65.
1) Vgl. Bd. I., S. 327 fgg.
2) fr. 91, § 3, § 4, V. O. 45, 1; fr. 58, § 1 de fidej. 46, 1.
3) fr. 91, § 4, V. O. 45, 1.
4) fr. 24, § 2, Us. 22, 1.
5) fr. 91, § 4, V. O. 45, 1.

Die Obligation auf Sachleistung war in ihrem ersten Zuschnitt zu kurz gerathen. Machen wir das Ding länger: dachten die Alten.

Man pflegt wohl die hier in Frage stehende Wirkung „Haftung für Zufall“ zu nennen. Das war nicht die Anschauung der Alten. Diese bewegten sich vielmehr in folgenden Vorstellungen.

Vor dieser Constitution galt ausnahmslos die Regel: in stricti juris judiciis litis contestatae tempus spectetur [6]). Der Römische judex sah auf den Zeitpunkt der Litiscontestation, fand er den Anspruch des Klägers begründet, so verurtheilte er in soviel, als die Sache damals werth gewesen, das übrige Schicksal der Sache war ihm gleichgültig.

Mit dieser Obligation auf Sachleistung, die ihnen zu kurz gerathen war, nahmen nun die Alten insofern eine Aenderung vor, daß sie gleichsam ein Stück ansetzten. Bisher hatte der Römische Geschworne sich um das Schicksal der Sache vor der Litiscontestation gar nicht zu kümmern gehabt; ohne das Vorhandensein einer Sache war bisher die Anordnung eines Judiciums gar nicht möglich gewesen, und deshalb hatte das Vorhandensein einer Sache ausdrücklich bezeugt werden müssen: denn das ist die ursprüngliche Bedeutung der Litiscontestation [7]). Dies sollte bei Mahnung und Culpa anders werden. Das Augenmerk des Römischen Geschwornen, das bis dahin unbeweglich auf den Zeitpunkt der Litiscontestation, d. i. Streitgegenstandsbezeugung, gerichtet gewesen war, lenkten die Alten mittelst der Rechtsregel „quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem“, die demnach der Römische Geschworne im Kopfe haben mußte, für den Fall der Mahnung und der Contractsculpa auf die Vergangenheit. Soweit diese Rechtsregel Platz griff, hatte demnach der Römische Geschworne in den Werth zu verurtheilen, den die Sache zur Zeit der Mahnung, beziehungsweise Contractsculpa gehabt hatte, im übrigen aber sich weder nach rechts noch nach links umzuschauen.

War bisher das Augenmerk des Geschwornen unbeweglich auf den Zeitpunkt der Litiscontestation gerichtet gewesen, so haftete sich dasselbe jetzt im Falle einer Mahnung mit derselben Unbeweglichkeit auf eben diesen Zeitpunkt. Und weil der Geschworne lediglich in den Werth verurtheilen sollte, den die Sache im Augenblicke der Mahnung

---

6) fr. 3, § 2 Commodati 13, 6.

7) Festus v. Contestari und dazu Bd. I., § 40, S. 410, 411.

gehabt hatte, mußte ihm das spätere Schicksal der Sache gleichgültig sein. Daraus folgt, daß der gemahnte Schuldner für Zufall haftete. Diese Haftung für Zufall war also nur eine Folge, den Inhalt der hier in Frage stehenden Wirkung bildet die Obligationsverlängerung.

v. Savigny[8]) hat die Behauptung aufgestellt: daß die Aestimation bei den condictiones certae rei sich nicht auf den reinen Sachwerth beschränkt hätte, sondern auf das vielleicht viel höhere Interesse des Klägers ausgedehnt sei. Allein dann hätten sie ja in dieser Beziehung ihren certen Character ganz abgestreift und wären incerter Natur geworden. Die Obligationsverlängerung beruht überhaupt auf einem ganz andern Grundgedanken, als der Interessebegriff. Bei der Obligationsverlängerung hat der Geschworne lediglich auf den Zeitpunkt der Mahnung zu sehen, das nachherige Schicksal der Sache kümmert ihn nicht. Wird die Sache also mehr werth, er verurtheilt doch nur in den Werth, den sie zur Zeit der Mahnung gehabt hat; dafür hat aber der Gläubiger auch nicht drunter zu leiden, wenn der Werth der Sache nachher geringer wird. Dagegen beim Interessebegriff soll dem Gläubiger das zugesprochen werden, was er gehabt, wenn der Schuldner die Mahnung beachtet hätte. Hätte die Sache Früchte getragen, so müssen auch diese ihm werden; dagegen kann der Schuldner nicht für zufälligen Untergang verantwortlich sein, wenn die Sache auch beim Gläubiger zu Grunde gegangen wäre.

Vergleichen wir demnach die Obligationsverlängerung mit dem Interessebegriff, so müssen wir sagen: der eine Begriff will den Vermögensunterschied redlich ausgleichen, während der andere es mit dem Gläubiger bald zu gut meint, bald ihm zu wenig gönnt. Die Obligationsverlängerung ist der rohere Rechtsbegriff, Interesse das feinere Rechtsgebilde.

Und weil vor unserer Einführungsconstitution der Römische Geschworne die Schätzung stets nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation vorzunehmen hatte, war die Wirkung der Litiscontestation in dieser Beziehung keine andere gewesen, als wie sie von den Alten der Mahnung beigelegt wurde. Nur daß man hier die Sache vielleicht von einem andern Gesichtspunkte, dem der Novation aus betrachtet haben mag, auf den man hier auch noch sonstige Erscheinungsformen zurückführte[9]). Denn sachlich betrachtet, kam es doch am Ende auf Eins

[8]) System, Bd. V., S. 613 fgg.

[9]) v. Keller, Civilproceß, § 60.

hinaus, ob man so argumentirte: durch die Litiscontestation wird die Obligation, z. B. auf den Sclaven, in eine Obligation auf zehn verwandelt; oder ob man so sagte: durch die Mahnung wird die Obligation zu einer fortdauernden gemacht, der Sclave war im Augenblicke der Mahnung zehn werth, folglich werden diese zehn auf alle Fälle geschuldet. Denn beide Auffassungen liefen schließlich auf Eins hinaus: daß nämlich der Schuldner für Zufall haftete, der Gläubiger mehr als die zehn aber nie beanspruchen durfte.

Unmöglich wäre es übrigens gar nicht, daß man auch diese Wirkung der Litiscontestation vom Standpunkte der Perpetuatio aus betrachtet hätte, denn auch hier sprach man in anderer Beziehung von einer Obligationsverlängerung [10]). Ueberhaupt könnte es vielleicht Wunder nehmen, daß wir von dieser Wirkung der Litiscontestation überall noch Kunde haben [11]). Denn, so möchte man meinen, seitdem die Alten diese Wirkung der Mahnung beigelegt hatten, und da Mahnung auch durch Klagmittheilung geschehen konnte; so war ja hier in der Mahnung ein Vorposten entstanden, der diese Wirkung der Litiscontestation stets abfangen mußte.

Allein es pflegte überhaupt nicht Römische Sinnesart zu sein, Rechtssätze, die sich einmal gebildet hatten, schnell abzuwerfen. Es war ja möglich, daß zwischen Mahnung und Litiscontestation gar keine Veränderung mit der Sache vorgegangen war, weshalb sollte hier auf die Mahnung Bezug genommen werden? Oder der Werth der Sache hatte sich inzwischen erhöht, so daß es dem Gläubiger sogar vortheilhafter war, wenn er eine vor langer Zeit vorgenommene Mahnung gar nicht zur Sprache brachte [12]). Gründe genug, den alten Rechtssatz noch beizubehalten, obwohl seine Bedeutung durch die neue Rechtsbildung sehr abgeschwächt war.

So grundverschieden übrigens die Begriffe Obligationsverlängerung und Interesse von Haus aus sind, ist damit noch nicht ausgeschlossen, daß die neuere Rechtsbildung sich im Laufe der Zeit auch da eingenistet hätte, wo man sie ursprünglich nicht haben wollte. So war es z. B. eine Abweichung von dem alten einfachen Grundgedanken, als Sabinus und Cassius den Satz durchbrachten, daß bei der Stipulatio auf res

---

[10]) fr. 9, § 3, de jurejurando 12, 2.

[11]) Vgl. fr. 5 de confessis 42, 2; fr. 12, § 3, Depositi 16, 3; fr. 8 de re judicata 42, 1; fr. 37, Mand. 17, 1. Vgl. Bd. I., S. 33, 34.

[12]) Vgl. Mommsen a. a. O., S. 205, Anm. 4, a. E.

certa von der Litiscontestation an Früchte zu erstatten seien[13]): denn jetzt hatte der Römische judex bei dieser Obligation ja nicht bloß mehr auf den Zeitpunkt der Litiscontestation zu sehen, sondern auch die Zeit nach der Litiscontestation in Betracht zu ziehen. Und selbst unsere Mahnung ist bei der condictio auf res certa der Einwirkung des Interessebegriffes nicht ganz unzugänglich geblieben, insofern ja der Gläubiger die Wahl hatte: ob er Schätzung nach dem Zeitpunkte der Mahnung oder dem der Litiscontestation beanspruchen wollte — eine sachliche Werthbesserung, insofern sie zur Zeit der Litiscontestation noch vorhanden, ihm also zu gute kam[14]). Im allgemeinen freilich ist hier an dem certen Character der Condiction nur wenig gerüttelt.

In einem Falle ist man sogar soweit gegangen, daß man mit einer Condiction auf res certa einen Anspruch auf's Interesse verknüpfte. Dies geschah bei der condictio furtiva[15]). Unmöglich kann dieser Zustand aber von Haus aus gewesen sein. Es ist gar nicht denkbar, daß die condictio furtiva schon bei ihrer Einführung auf's Interesse ging, denn dann würde man sie nicht den condictiones certi, sondern den condictiones incerti eingereiht haben.

Nun möchte man aber meinen: daß die Römer die condictio furtiva von dem Augenblicke an den incerten Condictionen hätten zuzählen müssen, als sie den Satz schufen, daß sie von Anfang an auf's Interesse gehe. Das kann auch sehr wohl der Fall gewesen sein, denn die Grenzlinie zwischen den certen und incerten Condictionen haben wir uns überall nicht als eine zu allen Zeiten gleiche zu denken: in dieser Beziehung fanden vielmehr Schwankungen und Meinungsverschiedenheiten Statt[16]).

Aristo freilich machte den Vorschlag: dem bestohlnen Faustpfandgläubiger eine condictio incerti zu geben[17]). Daraus wird man schließen müssen: daß derselbe sich den regelmäßigen Fall, wo sie dem Eigenthümer zustand, als eine condictio certi dachte. Allein es wäre ja möglich, daß sich die fragliche Rechtsbildung bei der dem Eigenthümer zustehenden condictio furtiva damals noch gar nicht vollzogen hätte.

---

[13]) fr. 38, § 7, Usuris 22, 1.
[14]) Vgl. unten § 67.
[15]) fr. 3 de condictione furt. 13, 1.
[16]) Vgl. z. B. fr. 75, § 3, V. O. 45, 1 und unten § 93.
[17]) fr. 12, § 2, de cond. furtiva 13, 1.

Gesetzt indessen, die Römer hätten in diesem einen Ausnahmefalle eine von Anfang an auf's Interesse gehende Klage condictio certi genannt, so ließe sich hierfür gleichwohl noch eine Erklärung finden. Denn die condictio furtiva sah äußerlich gerade so aus, wie z. B. eine Klage aus einer Stipulation auf dare certam rem.

Wenn z. B. der Sclave Stichus gestohlen war, und der Eigenthümer mit der condictio furtiva klagte, erhielt er gerade so gut eine Formel mit Stichum dare oportere, wie wenn er aus einer Stipulation auf dare Stichum klagen wollte [18]). Ueberhaupt hatte es mit diesem dare im Falle einer condictio furtiva seine eigne Bewandtnis. Denn in der engen Bedeutung, wie man wenigstens diesen Ausdruck später nahm, paßte er hier gar nicht [19]). Es handelte sich hier genau genommen um ein possessionem tradi: eine Leistung, die man später wenigstens gar nicht dem dare, sondern dem facere unterordnete [20]).

Eine weitere Erklärung wäre die: daß eine Klage, die ursprünglich dem Gebiete des certum angehört und der man dann später von ihrer Entstehung an einen Interesseanspruch angehängt hatte, doch immer noch insofern sich ihren alten certen Character hätte wahren können, als sie unter den Gesetzen der plus petitio stand. Darnach hätte denn auch noch in späterer Zeit die condictio furtiva des Eigenthümers insofern einen certen Character haben können, als bei derselben eine plus petitio möglich war; während sie in Bezug auf den Interesseanspruch von ihrer Entstehung an als incert behandelt wurde. Also wenn ein Eigenthümer, der mit der condictio furtiva auftrat, behauptete, ihm seien zwei Sclaven gestohlen, während ihm in der That nur einer gestohlen war, so verlor er den Proceß. Andererseits war es ihm aber unverwehrt, gleich von Anfang an mit der certen condictio furtiva sein volles Interesse geltend zu machen.

Immerhin haben wir es hier mit einer Anomalie zu thun, wie sich daran zeigt: daß man in späterer Zeit dem Faustpfandgläubiger glaubte, eine condictio incerti einräumen zu müssen.

Mag es sich indes mit diesem einen Falle verhalten, wie es wolle: jedenfalls hat man mit den certen Stipulationen den Interessebegriff

---

[18]) fr. 30, § 1, de jurejur. 12, 2. Vgl. dazu unten § 97.

[19]) Gaj. IV., 4.

[20]) fr. 75, § 7, V. O. 45, 1.

weder von Anfang an noch von der Mahnung an verbunden. Denn wenn z. B. Gajus in fr. 74 und Ulpian in fr. 75 pr. V. O. sagen:

> Stipulationum quaedam certae, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum.
>
> Ubi autem non apparet, quid quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est.

so leuchtet ein, daß ein so definirtes certum mit dem Interessebegriffe nichts zu schaffen haben kann. Und zum Ueberfluß wird auch noch von Paulus eine Stipulation ausdrücklich deshalb für incert erklärt, weil sie auf's Interesse gehe.

> fr. 68 V. O. 45, 1.
>
> incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

Diesem allem gegenüber muß es billig befremden, wie v. Savigny zu seiner Behauptung gelangen konnte. Er beruft sich zunächst auf die Analogie der condictio furtiva. Hiermit haben wir uns bereits beschäftigt. Weiter heißt es bei ihm a. a. O., S. 614, 615:

> „War ein Sclave durch Stipulation versprochen, dann vom Schuldner vergiftet, und nun noch vor der Wirkung des Giftes mancipirt worden, so war buchstäblich die Stipulation erfüllt, und dadurch die Stipulationsklage ausgeschlossen, wenn auch gleich nachher der Sclave an dem Gift starb, fr. 7, § 3, de dolo 4, 3. Wegen des augenscheinlichen Dolus aber bekam nun der Stipulator die doli actio und durch diese das volle Interesse. War nun aber der Sclave vor der Mancipation gestorben, also die Stipulation unerfüllt, so galt die Condiction auf den Sclaven, fr. 91 pr. V. O. 45, 1, und es ist doch kaum denkbar, daß er nun eine geringere Entschädigung als in jenem Fall hätte erhalten sollen."

Offenbar dreht sich v. Savigny hier im Kreise. Allerdings kann die Entschädigung in dem zweiten Falle nicht geringer sein, als in dem ersten. Wie groß war sie denn aber in dem zweiten Falle? Durch den Dolus des Schuldners war die Obligation verlängert, er mußte also das zahlen, was die Sache im Augenblicke dieses Dolus

werth gewesen war. War aber der Sclave vor der Wirkung des Giftes gestorben, so bekam der Gläubiger die actio de dolo, und durch diese das Interesse. Worin bestand dieses Interesse? Dem Gläubiger mußte das werden, was er erhalten hätte, wenn der Sclave bereits vor der Mancipation gestorben wäre: also der Sachwerth im Augenblicke der Vergiftung. Denn den Gegensatz zwischen Sachwerth und Interesse haben wir uns ja nicht so zu denken, daß das Interesse stets ein Mehr enthalten müsse; der Betrag beider konnte auch sehr füglich ein gleicher sein. Hoc autem interdum pretium egreditur sagt Ulpian [21]) einmal ganz richtig vom Interesse.

Dieselbe Bewandtnis hat es mit Stellen wie fr. 18 § 5 u. fr. 19 de dolo 4, 3, auf die v. Savigny sich noch beruft. Das Hauptgewicht scheint derselbe aber auf fr. 114 V. O. 45, 1, zu legen. Allein immer derselbe Trugschluß. Ulpian sagt hier, daß eine Stipulation auf fundum praestari auf's Interesse gehe. Daraus folgt in Gemäßheit von fr. 68 V. O. 45, 1, daß dies eine Stipulatio incerta war. Das praestari fiel also unter den Begriff des facere, wie schon Contius [22]) richtig gesehen hat. Fundum dari würde eine certe Stipulation gewesen sein [23]), und eine Stipulation auf fundum praestari diente vermuthlich einem ganz andern öconomischen Zwecke, als eine Stipulation auf fundum dari [24]).

Uebrigens sagt v. Savigny a. a. O. S. 616, 617 selber:

„Obgleich es nun aus diesen Gründen für sehr wahrscheinlich gehalten werden muß, daß die hier behandelte Art der Condiction, namentlich also auch im Fall einer Stipulation, auf das volle Interesse ging, so wäre es dennoch wünschenswerth, daß auch noch unmittelbare Zeugnisse hierüber aufgefunden werden möchten."

Allein derartige Zeugnisse werden schwerlich beizubringen sein. Die Stipulation auf res certa gehörte noch nach Justinian'schem Recht nicht zu den auf's Interesse angelegten Obligationen.

Mommsen drückt sich in dieser Beziehung, so viel die Stipulation angeht, unbestimmt aus. Dagegen findet sich bei ihm hinsichtlich des Legates folgende Behauptung aufgestellt [25]):

---

21) fr. 1 pr. A. E. V. 19, 1.
22) Tractatus de diversis morae generibus, Cap. IV.
23) fr. 75, § 10, V. O. 45, 1.
24) Vgl. Bd. I., § 11, S. 98.
25) Interesse, S. 88.

„Das Bestreben, die Legate den Fideicommissen, bei welchen ihrer freien Natur nach gewiß immer eine Verurtheilung auf das Interesse stattfand, gleichzustellen, tritt schon zur Zeit der classischen Juristen hervor. Das legatum sinendi modo bildete den Durchgangspunkt für die Ausdehnung der für die Fideicommisse geltenden Grundsätze auf das Damnationslegat. — — — Wann sich dieser Entwicklungsgang abgeschlossen hat, läßt sich nicht mit völliger Sicherheit bestimmen. Doch dürfte es kaum anzunehmen sein, daß die Aufhebung der nach dieser Seite hin aus der strengen Natur des Damnationslegats sich ergebenden Folgen erst mit der durch Justinian verfügten Gleichstellung der verschiedenen Arten der Legate, sowie der Legate und Fideicommisse erfolgt ist."

Allein Mommsen ist den Beweis für seine Behauptung schuldig geblieben. Ebenso wenig, wie es den Römern je eingefallen ist, die Stipulation auf res certa zu den auf's Interesse angelegten Obligationen zu zählen, ebenso wenig wird dies mit dem Damnationslegat auf res certa bis zur Justinian'schen Ausgleichungsgesetzgebung der Fall gewesen sein. Dafür spricht nicht nur, daß Damnationslegat und Stipulation auf res certa in dieser Beziehung häufig neben einander genannt werden[26]; der Codextitel de usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum 6, 47, steckt auch voller Interpolationen, worauf bereits an einem andern Orte aufmerksam gemacht worden ist[27].

Was übrigens die Folgerungen anbetrifft, welche man hier aus dem Begriffe der Obligationsverlängerung zog, so mußte der gemahnte Schuldner nicht bloß für Untergang und Verschlechterung[28] der geschuldeten Sache aufkommen, sondern auch für alle Thatsachen, die man diesen gleich achtete: so wenn ein fremder fundus zu einem religiosus oder sacer gemacht, oder ein fremder Sclave freigelassen oder zum Kriegsgefangenen gemacht war[29]. Wenn der Untergang der geschuldeten Sache nach der Mahnung vom Gläubiger selber herbei-

---

[26]) Vgl. z. B. fr. 12, § 3. Depositi 16, 3; fr. 39, § 1, Leg. I.; fr. 23 V. O. 45, 1; fr. 92 pr. Sol. 46, 3.

[27]) Bd. I., § 39. — Vgl. ferner unten § 77 a. E. und § 83.

[28]) fr. 58, § 1, de fidej. 46, 1; fr. 3 de cond. trit. 13, 3; fr. 25, § 2, S. M. 24, 3; fr. 108, § 11, Leg. I.

[29]) fr. 91, § 1, V. O. 45, 1; fr. 92, pr. Sol. 46, 3.

geführt war, so sollte der Schuldner zwar frei werden, ihm aber nicht die actio legis Aquiliae zustehen [30]).

Ich gehe jetzt zur Betrachtung der einzelnen Fälle über, für welche die Obligationsverlängerung als eine Folge der Mahnung bezeugt wird.

Für die Stipulation auf res certa haben wir in dieser Beziehung Zeugnisse von den Veteres [31]), von Celsus [32]), von Julian [33]), von Pomponius [34]), von Scävola [35]), von Papinian [36]), von Venulejus [37]), von Ulpian [38]), von Paulus [39]) und von Marcian [40]).

Dasselbe bezeugen für das Legat auf res certa Pomponius [41]), African [42]) und Ulpian [43]).

Andere Stellen beziehen sich allgemein auf die Verpflichtung dare oportere certam rem: so eine von Pomponius [44]) und eine von Paulus [45]) herrührende.

Für die Verpflichtung des Verkäufers [46]) wird diese Wirkung der Mahnung bezeugt von Paulus [47]), Kaiser Gordian [48]) und den Kaisern

[30]) fr. 54, ad leg. Aquil. 9, 2.

[31]) fr. 91, § 3, V. O. 45, 1.

[32]) fr. 91, § 3, V. O. 45, 1.

[33]) fr. 23 de constituta pec. 13, 5; fr. 91, § 1, 3, V. O. 45, 1.

[34]) fr. 23, fr. 91, § 4, 5, V. O. 45, 1; fr. 18 de duob. reis 45, 2; fr. 92, pr. Sol. 46, 3.

[35]) fr. 127, V. O. 45, 1.

[36]) fr. 54, ad leg. Aquiliam 9, 2; fr. 95, pr. Sol. 46, 3.

[37]) fr. 31, pr. Nov. 46, 2.

[38]) fr. 39, § 1, Leg. I.; fr. 82, § 1, V. O. 45, 1.

[39]) fr. 21, pr. de const. pecunia 13, 5; fr. 21, de her. vel act. vend. 18, 4; fr. 24, § 2, Us. 22, 1; fr. 45, O. et A. 44, 7; fr. 24; fr. 49 pr.; fr. 83, § 7; fr. 88; fr. 91, pr. § 1, 3, 4, 5, V. O. 45, 1; fr. 58, § 1, de fidej. 46, 1.

[40]) fr. 5, § 4, de in lit. jur. 12, 3.

[41]) fr. 26, § 1; fr. 36, § 3, Leg. I.; fr. 6, de usu et usu fr. 33, 2; fr. 23, V. O. 45, 1; fr. 92, pr. Sol. 46, 3.

[42]) fr. 108, § 11, Leg. I.

[43]) fr. 39, § 1; fr. 47, § 6, Leg. I.

[44]) fr. 5, R. C. 12, 1.

[45]) fr. 30, § 1, de jurej. 12, 2.

[46]) Vgl. in dieser Beziehung indes unten § 65 a. E.

[47]) fr. 21, de her. vend. 18, 4.

[48]) c. 4 C. de per. & com. 4, 48.

Diocletian und Maximian[49]); für die Verpflichtung des Ehemannes zur Herausgabe der Mitgift von Paulus[50]); und für Singular-Fideicommisse von Hermogenian[51]), so wie Kaiser Severus Alexander[52]).

Endlich muß hier noch eine das alternative Legat betreffende Stelle erörtert werden.

fr. 47, § 3, Leg. I. — Ulpianus.

Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absentis aestimationem: totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario.

Zunächst mag festgestellt werden, daß sich die Stelle auf ein persönliches und nicht etwa ein dingliches Legat bezieht. Dies entnehmen wir schon daraus, daß der Erbe die Wahlberechtigung haben soll[53]). Was sodann den von Ulpian besprochenen Fall im einzelnen anbetrifft, so setze man, Stichus sei 10 und Pamphilus 5 werth gewesen, und Pamphilus entflohen. Dem strengen Rechte nach hätte der Erbe nun den Stichus leisten müssen. Allein wären beide zugegen gewesen, so würde der Erbe jedenfalls den Pamphilus gewählt haben. Es schien also billig, daß man dem Schuldner gestattete, sich dadurch frei zu machen, daß er den Werth des Pamphilus erstattete. Dies mußte in einem Falle, wie dem vorliegenden, um so eher einleuchten, als Pamphilus möglicherweise in nicht gar ferner Zeit wieder zurückkehren konnte, und dann sich noch nachträglich eine Leistung in natura beschaffen ließ. Wenn aber der Erbe eine Mahnung nicht beachtet hatte, so sollte er auf diese Vergünstigung keinen Anspruch haben.

Bei einer alternativen Obligation, wo der Schuldner das Wahlrecht hat, kann man in einem doppelten Sinne von einer Haftung für Zufall sprechen. Der Schuldner haftet einmal insofern für Zufall, als er durch den Untergang des einen Gegenstandes nicht befreit wird. Wenn aber beide Gegenstände von ungleichem Werthe waren, so läßt sich auch insofern eine Haftung für Zufall denken, als der Schuldner

---

49) c. 6 C. eodem 4, 48.

50) fr. 25, § 2; fr. 26, S. M. 24, 3.

51) fr. 22, § 2, Leg. III.

52) c. 3 C. de us. et fruct. 6, 47.

53) fr. 19, Leg. II.

beim Untergang der geringeren Sache die werthvollere leisten muß, und nicht durch Wertherstattung der geringeren frei wird. Nun kann eine Mahnung bei alternativen Obligationen die Wirkung nicht haben, daß sie den Schuldner in ersterer Weise für Zufall verantwortlich macht, denn diese Haftung ist mit der alternativen Obligation nothwendig gegeben. Seitdem man aber dahin gelangt war, beim Untergange der geringeren Sache dem Schuldner zu gestatten, daß er sich mit Erstattung des Werthes abfinde; seitdem konnte man die Mahnung insoferne wirken lassen, als sie den Schuldner in zweiter Weise für Zufall verantwortlich machte. Und dieser Auffassung wird in unserer Stelle von Ulpian Ausdruck verliehen.

Ich sagte oben, es sei ungenau, wenn man statt dessen, was die Römer Obligationsverlängerung genannt, von einer Haftung für Zufall spreche; denn die Haftung für Zufall sei nur eine Folge der Obligationsverlängerung. Insofern ist nun diese Stelle interessant, weil sie uns zeigt: daß auch schon Ulpian nicht streng mehr an dem ursprünglichen Begriffe der Obligationsverlängerung festhielt, und an dessen Stelle „die Haftung für Zufall" setzte. Denn vom Standpunkt der alten Obligationsverlängerung aus hätte man bei der alternativen Obligation zu einem ganz andern Ergebnis kommen, hätte man so sagen müssen: in Folge der Mahnung kümmert es den Geschwornen nicht mehr, was sich später mit den geschuldeten Gegenständen zutrug; ging demnach auch einer unter, es wird doch noch so angesehen, als ob er vorhanden sei. Nun setze man, die geringere Sache sei zu Grunde gegangen, was wäre die Folge gewesen? Der Schuldner hätte sagen können: es muß so angesehen werden, als ob die Sache noch vorhanden sei, folglich kann ich nur in den Werth der geringeren Sache verurtheilt werden. Der Schuldner hätte also von der Nichtbeachtung der Mahnung gar Vortheil gehabt, so lange man am alten strengen Recht festhielt, welches dem Schuldner beim Untergange der geringeren Sache nicht gestattete, sich mit Zahlung des geringeren Werthes abzufinden. Da nun aber die Obligationsverlängerung dem Schuldner keinen Vortheil bringen, sondern ihn benachtheiligen sollte; so leuchtet ein, daß die alternative Obligation ursprünglich keinen Anwendungsfall für die Obligationsverlängerung darbieten konnte. Daß man der Mahnung hier Einfluß gestattete, wurde erst möglich, als dem Schuldner die Befugnis eingeräumt war: beim Untergang der geringeren Sache sich mit Zahlung dieses geringeren Werthes abzufinden. Und

die Wirkung, welche man hier der Mahnung beilegte, war genau genommen gar nicht die alte Obligationsverlängerung, sondern die reine Haftung für Zufall.

Daß übrigens die Befugnis des Schuldners beim Untergange der geringeren Sache, sich mit Zahlung des geringeren Werthes abzufinden, nicht von Haus aus bestand, wird man kaum in Zweifel ziehen wollen. Nöthigenfalls wäre indes schon unsere Stelle geeignet, derartige Zweifel zu beseitigen. Denn so bestimmt zwar Ulpian dem Schuldner die fragliche Befugnis dann zuspricht, wenn der Sclave nur abwesend; ist sein Ausspruch für den Fall, wo der Sclave bereits gestorben, doch etwas unbestimmt „fortassis vel mortui pretium“. Und will man auf den Ausdruck „fortassis“, das freilich in den Zusammenhang nicht recht passen will und corrupt sein könnte, kein allzu großes Gewicht legen; so deutet doch schon die Redewendung „qua ratione placuit“ darauf hin, daß wir es hier mit einer verhältnismäßig jungen Rechtsbildung zu thun haben.

Mommsen[54]), der den Fall, um welchen es sich in unserer Stelle handelt, ganz richtig aufgefaßt hat, fügt seiner Erklärung folgende Bemerkung hinzu:

„In dem eben Angeführten kann man übrigens keine besondere Folge der Mora finden, weil die Regel, daß der Schuldner durch Leistung der aestimatio des einen Objects sich befreien kann, nur für die Fälle gilt, in welchen die Unmöglichkeit der Leistung ohne alles Verschulden des Debitor eingetreten ist, und daher in den Fällen einer nach dem Beginn der Mora eingetretenen Unmöglichkeit, ebenso wie in den Fällen einer geradezu durch eine Culpa des Schuldners herbeigeführten Unmöglichkeit, nicht zur Anwendung kommen kann.“

Das heißt, wenn ich Mommsen recht verstehe: da die Mora Verschuldung zu ihrer Voraussetzung hat, und die hier in Frage stehende Wirkung auch der Contractsculpa zukommt; so kann man im vorliegenden Falle nicht von einer Wirkung der Mora, sondern nur der Culpa sprechen. Allein die Wirkung der Contractsculpa ist z. B. auch Obligationsverlängerung und Erzeugung eines Interesseanspruches: dann hätte Mommsen diese Wirkungen auch gar nicht bei der Mora abhandeln müssen, und von seiner ganzen Mora wäre wenig übrig ge-

---

54) Mora, S. 262.

blieben. Mommsen übersieht hier, wie auch sonst, daß bei der Mahnung, sofern dieselbe überall Verschuldung verlangt, davon doch nicht eher die Rede sein kann, als bis der Gläubiger thätig geworden, während eine solche vorgängige Thätigkeit des Gläubigers bei der Contractsculpa nicht erforderlich ist. Und dieser Irrthum Mommsen's findet wieder darin seine Erklärung, daß derselbe nicht zwischen Mahnungsmora und Mora im weitern Sinne unterscheidet.

Uebrigens kann man Mommsen insofern nur beipflichten, als er, S. 260, das von andern hierher gezogene fr. 95, pr. Sol. 46, 3, ausscheidet. Denn in dieser Stelle handelt es sich um eine alternative Stipulation, wo der Gläubiger das Wahlrecht hat, und von diesem bereits Gebrauch machte, wodurch die alternative Obligation in eine einfache verwandelt wurde.

Die Erörterungen, welche durch fr. 47, § 3, Leg. I. veranlaßt wurden, haben gleichzeitig dargethan: daß die Wirkungen, welche Ulpian hier der Mahnung bei den alternativen Obligationen zuschreibt, erst ziemlich späten Ursprunges sind. Ebenso wird die Uebertragung der in Frage stehenden Wirkung auf die Fideicommisse erst durch Hermogenian, sowie Kaiser Severus Alexander bezeugt, und mag gar nicht viel früher Statt gefunden haben. Jedenfalls hat die Mahnung in dieser Beziehung dies Gebiet erst erobert, nachdem sie bereits bei den Obligationen auf dare oportere certam rem festen Fuß gefaßt hatte. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Fideicommisse erst zu Anfang der Kaiserzeit klagbar wurden[55]), und unter den Veteres unserer Einführungsconstitution jedenfalls Rechtsgelehrte zu verstehen sind, die zu den Zeiten der Republik lebten[56]). So bliebe denn hier nur noch das Zeitfolgeverhältnis zwischen den gutgläubigen Obligationen und den strengrechtlichen auf dare oportere certam rem zu bestimmen. Davon im folgenden Paragraphen.

§ 64.

Die Obligationsverlängerung. — Fortsetzung.

Betrachten wir einerseits die große Menge von Stellen, welche die Anwendbarkeit der Obligationsverlängerung bei den Obligationen

---

[55]) pr. J. de codicillis 2, 25.

[56]) Vgl. Vat. Fr. § 1; fr. 4, § 2, de in jus vocando 2, 4; fr. 11, § 4, 5, ad leg. Aquil. 9, 2; fr. 6, de cond. ob turp. caus. 12, 5; fr. 3, § 18, de acq. vel am. poss. 41, 2; und dazu Dirksen, Beiträge zur Kunde des Römischen Rechts, S. 159 fgg.

auf dare certam rem bezeugen; bedenken wir ferner, daß die verhältnismäßig wenigen Stellen, welche die Haftung für Zufall als eine Folge der Mahnung bei den gutgläubigen Obligationen erwähnen, erst einer verhältnismäßig späten Zeit angehören — so legt sich uns schon von selber der Gedanke nahe: daß nicht die gutgläubigen, sondern die strengrechtlichen Obligationen auf certa res das Ursprungsgebiet unserer Obligationsverlängerung sein werden.

Allein es läßt sich auch der ganz bestimmte Nachweis führen: daß die Obligationsverlängerung zur ursprünglichen Anlage der gutgläubigen Obligation gar nicht gepaßt, und sich hier erst in verhältnismäßig später Zeit eingenistet hat.

Was zunächst das Zeitfolgeverhältnis zwischen den strengrechtlichen und gutgläubigen Obligationen selber anbetrifft, so haben wir uns die letzteren als die jüngeren zu denken. Denn es leuchtet ein, daß die viel künstlichere Formel mit Demonstratio, incerter Intention und dem Zusatze ex fide bona eine spätere Erfindung sein muß, als der im Verhältnis dazu einfache Rohbau „Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. servum Stichum dare oportere, quanti ea res erit, judex condemna, s. n. p. a.“ [1]).

Den Gegensatz, um den es sich hier zwischen beiden Obligationengattungen zunächst handelt, gibt eine alte Rechtsregel [2]) so an:

> „In hac actione sicut in ceteris bonae fidei judiciis similiter in litem jurabitur, et rei judicandae tempus, quanti res sit, observatur; quamvis in stricti (juris) litis contestatae tempus spectetur“,
>
> d. h.: „Ebenso wie bei den übrigen gutgläubigen Obligationen wird auch bei der Commodatsklage in Bezug auf den Streitgegenstand geschworen, und die Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, beobachtet; obgleich bei den strengrechtlichen Obligationen auf die Zeit der Litiscontestation gesehen wird.“

Der Gegensatz zwischen gutgläubigen und strengrechtlichen Obligationen ist also ein doppelter: bei ersteren wird auf den Zeitpunkt des Urtheils, bei letzteren auf den der Litiscontestation gesehen; bei ersteren findet jus jurandum in litem Statt, nicht so bei letzteren.

---

[1]) Vgl. z. B. Kuntze, Institutionen, § 146 und § 228; Excurse S. 124—127.

[2]) fr. 3, § 2, Commodati 13, 6. — Ulp.

Was den letzteren Punkt anbetrifft, so wird derselbe von einem Ausspruche Ulpian's in fr. 4, § 2, de in litem jurando 12, 3:

arbitrio tamen bonae fidei judicis etiam hoc congruit

bestätigt. Und ebenso sagt Marcian einentheils in fr. 5 pr. de in litem jurando ganz allgemein:

et in bonae fidei judiciis in litem juratur,

während er andererseits durch einen Ausnahmefall in fr. 5, § 4 eodem:

Plane interdum et in actione stricti judicii (juris) in litem jurandum est

bestätigt, daß das jus jurandum in litem bei strengrechtlichen Obligationen regelmäßig keine Verwendung fand.

Demnach möchte man meinen: daß über diesen durch die Zuläßigkeit des jus jurandum in litem zwischen gutgläubigen und strengrechtlichen Obligationen gebildeten Gegensatz kein Streit obwalten könne. Gleichwohl verhält sich die Sache anders, und namentlich ist an unserm fr. 3, § 2, Comm. 13, 6 herumgedeutelt worden.

So sagt z. B. v. Schröter, der den in Frage stehenden Eid lediglich mit den actiones arbitrariae in Verbindung bringt, in Bezug auf unsere Stelle [3]):

„Die Hauptstelle über die commodati actio: „„in hac actione, sicut in caeteris bonae fidei judiciis similiter in litem juratur““ spricht aber sogar für die richtige Ansicht, wenn man nur das Komma, nicht wie gewöhnlich geschieht, hinter judiciis, sondern hinter similiter setzt. Ulpianus sagt: „„bei dieser Klage wird das jus jurandum in litem geschworen, wie bei den übrigen bonae fidei judiciis, wo sie die Natur der commodati actio haben““, d. h. auf ein restituere gerichtet sind.“

Allein hinter similiter ein Komma zu setzen, wäre eine ganz merkwürdige Interpunction. Allerdings ist similiter mit sicut in Verbindung zu bringen, und nicht etwa mit dem anfügenden et, da ja etwas mit einander verglichen werden soll. Das tertium comparationis ist aber lediglich das jus jurandum in litem selber, nicht einzelne Voraussetzungen desselben. Die fragliche Stelle ist der von Schröter'schen Ansicht durchaus nicht günstig. Es muß entschieden einmal eine Zeit gegeben haben, wo das jus jurandum in litem

---

[3]) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 7, S. 377.

einen Gegensatz zwischen gutgläubigen und strengrechtlichen Obligationen bildete, denn sonst hätte eine solche Rechtsregel, wie Ulpian sie uns hier mittheilt, gar nicht entstehen können.

Dabei wolle man jedoch dies beachten. Gutgläubige und strengrechtliche Obligationen werden in unserer Stelle nur, soweit es sich um eine Schätzung handelt, einander gegenüber gestellt. Es scheiden also ganz von selber auf beiden Seiten die Obligationen auf Geld aus. So verwirft denn auch Ulpian einmal ausdrücklich das jus jurandum in litem bei einer auf Geld gerichteten Obligation „cum certa sit nummorum aestimatio“ [4]); und wenn freilich Ulpian selber von diesem Satze Ausnahmen macht, so wird er doch einmal ausnahmslos gegolten haben.

Ferner wäre darauf hinzuweisen: daß das jus jurandum in litem zum officium judicis, also dem ordentlichen Verfahren, in Beziehung steht. Dies nimmt auch v. Schröter an, wenn derselbe sagt [5]):

„Der Kläger schätzte auf Anweisung des judex, vermöge des ihm von diesem deferirten Eides. Indem ihm der judex einen Theil seines officii überwies, nahm er zu demselben die Stellung, in welche der Magistrat, durch Ertheilung der Formula, zu ihm getreten war.“

Nur will mir bei v. Schröter die Vorstellung nicht gefallen, daß der Geschworne dem Kläger einen Theil seines officii überwiesen habe; jedenfalls kann diese Auffassung bei Einführung des jus jurandum in litem nicht obgewaltet haben. Denn man wird doch annehmen müssen, daß gleichzeitig mit Einführung der gutgläubigen Obligationen hier auch dem jus jurandum in litem seine Rolle angewiesen wurde. Dann hätte man aber dem jus jurandum in litem kein Gebiet angewiesen, das man vom officium judicis wegnehmen mußte: vielmehr bewegte sich das jus jurandum in litem auf einem noch ganz jungfräulichen Gebiete, das bisher nie vom Römischen Geschwornen betreten war. Auch ist ja die Entwicklung bei den gutgläubigen Obligationen nicht die gewesen, daß das jus jurandum in litem im Laufe der Zeit auf Kosten des officium judicis sein Gebiet erweitert hätte; vielmehr ist dasselbe nach und nach vom officium judicis zurückgedrängt und eingeengt worden [6]).

---

4) fr. 3 de in litem jurando 12, 3.

5) a. a. O. S. 359.

6) Vgl. z. B. fr. 4 § 2, 3 de in litem jur. 12, 3.

v. Schröter legt für seine Auffassung besonderes Gewicht auf folgende zwei Stellen:

fr. 5 pr. Depositi 16, 3. — Ulpianus.

Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium judicium depositi datur, in quo judicio merito in litem non juratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate ejus qui depositum suscepit.

c. 4 C. de act. emt. vend. 4, 49. — Impp. Diocletianus et Maximianus. (290.)

Si traditio rei venditae juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.

Was die erstere Stelle anbetrifft, so handelt es sich in derselben um eine Schadloshaltung, also eine Obligation auf Geld, die von Haus aus dem jus jurandum in litem fern lag. Diese Stelle macht von unserm Standpunkte aus mithin nicht die mindeste Schwierigkeit.

In der zweiten Stelle rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian: daß der Präses einer Provinz die Größe eines durch Nichterfüllung eines Kaufgeschäfts entstandenen Interesseanspruches festsetzen solle. Auch diese Stelle steht mit unserer Auffassung keineswegs in Widerspruch, da wir uns ja das jus jurandum in litem in Beziehung zum officium judicis zu denken haben. Wenn aber der Präses der Provinz über die Größe des Interesseanspruches selber cognoscirte, also in dieser Beziehung kein judicium anordnete, so konnte füglich auch das jus jurandum in litem ausfallen. Ueberhaupt war die Trennung des Verfahrens zwischen jus und judicium in den Provinzen zu Diocletian's und Maximian's Zeiten schon lange nicht mehr so regelmäßig durchgeführt, wie in Rom. Schon zu Zeiten der Römischen Juristen hing es so ziemlich vom Ermessen des Präses ab, ob er selber cognosciren, oder ein Judicium anordnen wollte [7]); und daß der praeses provinciae Interesseansprüche seiner Cognition vorbehielt, dafür fehlt es auch sonst nicht an Beispielen [8]).

v. Savigny meint noch [9]), bei einer actio emti könne von

---

7) fr. 8, 9 de officio praesidis 1, 18.

8) c. 3 de inutilibus stip. 8, 39.

9) System, Band 5, S. 128, 129.

einer eigentlichen Restitution keine Rede sein; allein er selber hat Stellen beigebracht, aus denen hervorgeht, daß die Römer auch hier von restituere sprachen [10]).

Ueberhaupt kann es hier nicht meine Aufgabe sein, zu erörtern: wie es sich mit dem jus jurandum in litem nach Justinian'schem und heutigem Rechte verhalte. Mir kam es nur auf eine Erklärung von fr. 3 § 2 Commodati an. Auf Grund derselben genügt es nicht, wenn man den Gegensatz zwischen gutgläubigen und strengrechtlichen Klagen dahin faßt: daß bei den einen nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation, bei den andern nach der Zeit des Urtheils geschätzt werde — man muß hinzufügen: daß bei den gutgläubigen das jus jurandum in litem Platz greife, nicht aber bei den strengrechtlichen.

Lassen wir indes den Eid einstweilen noch bei Seite, fassen wir vielmehr lediglich den Gegensatz, anlangend die Schätzungszeit, in's Auge. Man denke sich, es handle sich um eine Species, was heißt es dann, daß der Geschworne auf den Zeitpunkt der Litiscontestation sehen soll? Das bedeutet so viel: daß den Geschwornen das spätere Schicksal der Sache nicht kümmert; mag sie besser oder schlechter werden; der Geschworne verurtheilt in den Werth, den die Sache zur Zeit der Litiscontestation hatte. Was heißt es ferner, daß der Geschworne auf den Zeitpunkt des Urtheils zu sehen habe? Das bedeutet so viel: daß den Geschwornen das spätere Schicksal der Sache allerdings kümmert; wird sie mehr werth, dann muß er auch in mehr verurtheilen. Wenn sie nun aber schlechter wird, oder ganz zu Grunde ging? Dann mußte der Geschworne zufolge dieser Rechtsregel in weniger verurtheilen, beziehungsweise freisprechen.

Sollte dies aber ausnahmslos gegolten haben? Dann hätte der Beklagte ja nur nöthig gehabt, die Sache nach der Litiscontestation doloser Weise zu vernichten. Ueber diesen Punkt gibt uns eine Stelle aus Cicero Aufschluß. Derselbe sagt:

de officiis Lib. III, Cap. 15, § 61.

> Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria; et sine lege judiciis, in

---

[10]) fr. 13 § 18 de A. E. V. 19, 1. c. 12 C. eodem 4, 49. Vgl. auch das Band I § 14, S. 147, bei Gelegenheit von fr. 47 A. E. V. über die Vorsylbe re Bemerkte.

quibus additur, ex fide bona. Reliquorum autem judiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae, melius, aequius: in fiducia, inter bonos bene agier. Quid ergo? aut in eo, quod melius aequius, potest ulla pars inesse fraudis? aut, quum dicitur, inter bonos bene agier, quidquam agi dolose aut malitiose potest?

Also der in einem judicium bonae fidei bestellte Geschworne hatte in der hier fraglichen Beziehung nicht bloß die in fr. 3 § 2 Comm. uns aufbewahrte Rechtsregel zu befolgen, sondern daneben auch auf den Dolus des Beklagten Rücksicht zu nehmen. Dies brachte schon mit sich das ex fide bona in den Formeln der gutgläubigen Obligationen, das melius aequius beim arbitrium rei uxoriae und das inter bonos bene agier bei fiducia. War also nach der Litiscontestation die Sache durch Dolus des Beklagten untergegangen oder schlechter geworden, so mußte der Geschworne gleichwohl in den Werth verurtheilen, den die Sache ohne diesen Dolus gehabt hätte. So wie Cicero die Sache darstellt, müssen wir sogar annehmen: daß der ursprüngliche öconomische Zweck der Klausel „ex fide bona" bei Sachleistungen lediglich der war, den Dolus des Beklagten unschädlich zu machen. Freilich haben die Römischen Rechtsgelehrten, aus diesem „ex fide bona" alles Mögliche zu machen verstanden. Das ist aber eben spätere Entwicklung [11]); in welcher Beziehung hier nur an das Verhältnis der actio ex emto zum Aedilitischen Edict erinnert werden mag [12]).

Vielleicht möchte man aber meinen: daß die Worte ex fide bona sich nicht auf den Dolus nach, sondern auf den Dolus vor der Litiscontestation bezögen. Allein die Sache verhielt sich gerade umgekehrt, wie wir gleichfalls aus Cicero entnehmen können. Unmittelbar vor der ausgeschriebenen Stelle bespricht derselbe nämlich in Cap. 14 § 58—60 folgenden Fall.

Ein Römischer Ritter, Namens Canius, der sich zu seinem Vergnügen in Syracus aufhielt, sprach viel davon: er hätte wohl Lust, sich ein Landhäuschen zu kaufen, wohin er seine Freunde einladen,

[11]) Vgl. Bekker, die Actionen, Bd. I, S. 162 fgg.

[12]) fr. 31 § 20 de aed. ed. 21, 1. v. Vangerow, Pandekten, Bd. III, § 609, Anm. Nr. II, S. 304, 305.

und wo sie sich ungestört amüsiren könnten. Als dies in der Stadt herum war, machte ihm ein Geldwechsler, Namens Pythius, den Vorschlag: sein Landhaus sei zwar nicht verkäuflich, er könne dasselbe aber wie das seinige betrachten. Gleichzeitig lud er ihn auf den folgenden Tag zu Mittag ein. Darauf ließ Pythius, der als Geldwechsler ein einflußreicher Mann war, verschiedene Fischer zu sich kommen, und verlangte von ihnen, daß sie am folgenden Nachmittag vor seinem Landhaus fischen sollten; gab auch an, wie das anzufangen. Canius stellt sich rechtzeitig ein. Er ist ganz verwundert über die Menge von Kähnen; die Fischer werfen ihm ihren Fang nur immer so zu Füßen. Er fragt den Pythius: wo all die Fische herkämen? Der antwortet: das sei durchaus nicht wunderbar, denn alles, was Syracus an Fischen aufzuweisen habe, werde hier gefangen. Ein solches Landhaus muß Canius haben. Er bewilligt, was Pythius fordert; der Kauf wird abgeschlossen. Als er aber den nächsten Tag wieder kommt, sieht er kein einziges Ruder. Er fragt einen Nachbarn: ob die Fischer vielleicht Ferien hätten? Durchaus nicht, antwortet dieser; aber hier würde überhaupt nicht gefischt, und deshalb hätte er sich darüber gewundert, was hier gestern aufgestellt sei. Canius ist verdrießlich. Aber was soll er machen? Nondum enim Aquillius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas.

Aus dieser Stelle ergibt sich deutlich, daß die Worte ex fide bona den dolus praeteritus d. i. den Dolus vor der Litiscontestation ursprünglich nicht mit umfaßten. Denn sonst hätte es ja der formulae de dolo malo nicht bedurft. Aber auch noch sonstige Anzeichen sind vorhanden, daß dieser dolus praeteritus seine eigne Entwicklung gehabt hat.

So ist es z. B. erst ein Satz des neuern Rechtes: daß Klagen, welche gegen den Besitzer als solchen gehen, auch gegen den angestellt werden können, welcher den Besitz doloser Weise aufgegeben hat [13]). Ferner ist der Schutz gegen dolose Veräußerungen bei den gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klagen, der im neuern Recht ein Stück der Klage selbst geworden ist, und der dem ältesten Recht gänzlich fehlte, zuerst in Form einer actio in factum propter alienationem

---

[13]) fr. 13 § 2; fr. 20 § 6; fr. 25 § 7 H. P. 5, 3; fr. 27 § 3 R. V. 6, 1; fr. 95 § 9 Sol. 46, 3. Vgl. Ihering, Geist des röm. Rts., Bd. III, S. 29 u. 179.

judicii mutandi causa factam durch den Prätor eingeführt worden [14]).

Auch darauf mag hingewiesen werden, daß das agier in der Ausdrucksweise „inter bonos bene agier", das wir uns ebenso wie das aequius melius als Vorläufer des ex fide bona zu denken haben [15]), auf den Dolus nach der Litiscontestation zu deuten scheint.

Nun heißt es freilich in Bezug auf die actio ex emto in

fr. 7 § 3 de dolo malo 4, 3. — Ulp.

Sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.

Hier wird allerdings durch die actio ex emto der dolus praeteritus schon mit umfaßt. Allein darin haben wir eben eine spätere Rechtsentwicklung zu erblicken, wie der nichtausgeschriebene Theil der Stelle deutlich erkennen läßt. Zu Cicero's Zeiten griff hier noch die actio de dolo ein.

Uebrigens hatte der dolus praeteritus selbst zu Ulpian's Zeiten die actio de dolo noch nicht vollständig bei Seite geschoben. Dies ersehen wir daraus: daß Ulpian im Falle eines commendare decipiendi emtoris causa die actio de dolo zuläßt [16]) Es muß also damals mindestens zweifelhaft gewesen sein [17]): ob der dolus praeteritus diesen Fall mit umfasse.

Bekker [18]) findet zwischen dem angeführten fr. 37 de dolo und der Stelle bei Cicero eine gewisse Aehnlichkeit. Allein das Verhalten des Pythius war ein wesentlich anderes: derselbe beschränkte sich keineswegs auf bloßes Anempfehlen, sondern täuschte den Canius vor allen Dingen durch seine Handlungsweise.

Vor Einführung der actio de dolo, d. i. vor 66 vor Chr. Geburt, wurde also im allgemeinen der dolus praeteritus bei den gutgläubigen Obligationen nicht berücksichtigt.

---

[14]) Tit. D. de alien. jud. mut. causa facta 4, 7. Vgl. Ihering a. a. O. Bd. III, S. 29, 30.

[15]) Vgl. Ubbelohde, Realcontracte, S. 53, 54.

[16]) fr. 37 de dolo 4, 3.

[17]) Vgl. Bd. I, S. 296, 297.

[18]) Actionen, Bd. I, S. 165.

Nun hatte ich bereits früher[19]), anlangend die uns von Gajus IV, 47 mitgetheilte formula in factum concepta, betreffend das Depositum, Gelegenheit, zu bemerken: „vor dieser actio in factum konnte im Falle eines Depositums der dolus praeteritus gar nicht als Contractsdolus geltend gemacht werden."

Ist diese Ansicht richtig, so ergibt sich gleichzeitig: daß diese actio in factum depositi vor 66 vor Chr. Geburt eingeführt sein muß; denn später hätte es wegen der actio de dolo nicht mehr nöthig gethan.

Ein anderer Vorläufer der actio de dolo war der von M. Portius Cato, dem Vater des berühmten Uticensis[20]), in dem Rechtsstreite des Calpurnius Lanarius wider den Claudius Centumalus wegen Kaufes in Anlehnung an eine Zwölftafelbestimmung[21]) zuerst aufgestellte Satz:

„quidquid esset in praedio vitii id, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere"[22]),

den Ofilius bereits auf andere Sachen ausdehnte[23]). Das Auffallende der Entscheidung bestand darin: daß bei einer Formel auf

„quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona"

die Verurtheilung wegen eines dolus praeteritus erfolgte. Gedachter Cato war der erste, welcher die Clausel „ex fide bona" auch auf einen dolus praeteritus bezog. Cicero[24]) drückt dies so aus:

„Ergo ad fidem bonam statuit pertinere, notum esse emptori vitium, quod nosset venditor."

Die Anfänge des dolus praeteritus bei der Verkaufsverpflichtung können wir demnach mit ziemlicher Sicherheit ungefähr um's Jahr 100 vor Christi Geburt setzen. Und weil bereits vor Einführung der actio de dolo in einem besondern Falle die Clausel „ex fide bona" für tauglich erachtet war, den dolus praeteritus mit zu umfassen,

---

[19]) Bd. I, § 48 bei Erörterung von fr. 1 § 22 Depositi 16, 3, S. 484 fgg.

[20]) Cic. de off. III § 66 vba: „hujus nostri Catonis pater."

[21]) Cic. de off. III § 65 vba: „Nam, quum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata; quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret: a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta."

[22]) Cic. de off. III § 65; Val. Max. VIII. 2, 1. Vgl. Bekker, die Actionen, Bd. I, S. 163, 164.

[23]) fr. 38 § 7 de aed. ed. 21, 1. Vgl. Kuntze, Excurse, S. 489.

[24]) Cic. de off. III § 67.

begreift sich wiederum, wie leicht sich die Entwicklung machen mußte: daß die gutgläubigen Obligationen die actio de dolo fast vollständig in sich aufnahmen.

Ueberhaupt ist es keineswegs selbstverständlich, daß der Römische Geschworne sich um Dinge kümmern mußte, die sich bereits vor der Litiscontestation zugetragen hatten. Unsere Rechtsregel in fr. 3 § 2 Comm. besagt: daß der Geschworne bei strengrechtlichen Obligationen auf den Zeitpunkt der Litiscontestation, und bei gutgläubigen auf den Zeitpunkt des Urtheils zu sehen habe. Und wenn auch, wie wir gesehen haben, das ex fide bona in den Formeln den Geschwornen nöthigte, mitunter seinen Blick auf die Zeit zwischen Litiscontestation und Urtheil zu werfen; wenn wir ferner auch werden annehmen müssen, daß es vor Beginn der Thätigkeit des Geschwornen so gut bei den gutgläubigen Obligationen wie bei den strengrechtlichen einer gegenseitigen Streitgegenstandsbezeugung bedurft haben wird: immerhin lag die Zeit sowohl vor der Litiscontestation, wie nach dem Urtheil an sich außer dem Bereiche des Römischen Geschwornen. In letzterer Beziehung heißt es z. B. noch in

fr. 1 § 2 Us. 22. 1. —

> Paulus notat: quid enim pertinet ad officium judicis post condemnationem futuri temporis tractatus?

Und in ersterer Beziehung bedurfte es ursprünglich jedes Mal besonderer Vorrichtungen, um den Blick des Römischen Geschwornen in die Vergangenheit zu lenken. Als solche besondere Vorrichtungen haben wir bereits kennen gelernt: die Rechtsregel „quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem"; die formulae in factum conceptae für Depositum und Commodat; sowie die actio de dolo. Ferner erinnere ich hier an die actio legis Aquiliae, wo der Blick des Geschwornen durch besondere Rechtsvorschrift auf die Zeit vor der Beschädigung gelenkt wurde [25]). Auch in Bezug auf die actio de servo corrupto wird besonders hervorgehoben [26]):

> Haec actio refertur ad tempus servi corrupti vel recepti, non ad praesens, — — praeteritae enim utilitatis aestimatio in hoc judicium versatur.

---

[25]) fr. 2 pr. fr. 27 § 5 ad leg. Aquil. 9, 2.

[26]) fr. 5 § 4, fr. 6 de servo corr. 11, 3.

Und daß die rei vindicatio auch auf die in der Vergangenheit gezogenen Früchte gerichtet werden kann, ist ein Satz des neuern Rechts [27]).

Endlich mag noch folgende auf das Aedilitische Edict bezügliche Stelle hierher gesetzt werden:

fr. 25 § 8 de aed. ed. 21, 1. — Ulp.

Item sciendum est haec omnia, quae exprimuntur edicto aedilium, praestare eum debere, si ante judicium acceptum facta sint: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari (enumerare), ut si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur, ceterum post judicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in judicio versatur, et tam fructus veniunt quam id quo deterior factus est ceteraque veniunt: judici enim statim atque judex factus est omnium rerum officium incumbit, quaecumque in judicio versantur: ea autem quae ante judicium contingunt non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.

Und das Auffallende in der oben angeführten Entscheidung des Cato bestand gerade darin: daß er sich selber seine Vorrichtung schuf, die ihn in den Stand setzte, sein Augenmerk in die Vergangenheit richten zu können.

Gegen den Satz: daß ein Römischer Geschworner sich um Dinge, die sich vor der Litiscontestation zugetragen hatten — von Haus aus an sich nicht zu kümmern hatte, möchte man übrigens folgenden Einwand erheben wollen. Man möchte vielleicht sagen: wo es sich um Obligationen handelte, fiel deren Abschluß doch allemal vor die Litiscontestation. Allein in dieser Beziehung hatten die Formeln für die gutgläubigen Obligationen in ihrer Demonstratio gerade eine Vorrichtung, die das Augenmerk des Geschwornen auf die Vergangenheit lenkte, und die z. B. bei der formula in jus concepta depositi so lautete: Quod Aulus Agerius aput Numerium Negidium mensam argenteam deposuisset [28]). Und was die strengrechtlichen Obligationen anbetrifft, so muß die Intentio „Si paret rem, oder centum,

---

27) Vgl. Ihering, Geist des Röm. Rechts, Bd. III, S. 31, 179.

28) Gaj. IV, 47.

dare oportere" ausgereicht haben. Vielleicht war indes die Stipulation am 21. Juli abgeschlossen, während es erst am 21. August zur Litiscontestation kam? Gleichwohl war am 21. August nicht minder wahr, als am 21. Juli: daß centum oder res gegeben werden mußte. Aber wenn nun vor der Litiscontestation eine Zahlung erfolgt war, die mußte der Römische Geschworene doch berücksichtigen? Ganz gewiß nicht! Denn diese Zahlung wirkte ipso jure [29]). Diese Zahlung mußte also vor dem Prätor geltend gemacht werden, der dann die Formel zu versagen hatte, wenn er fand: daß es mit der Zahlung seine Richtigkeit hatte [30]).

Wenn es aber richtig ist, daß der dolus praeteritus den Römischen Geschwornen bei den gutgläubigen Obligationen ursprünglich nicht kümmerte, so muß dasselbe von der culpa praeterita, als dem geringeren Grade der Haftung, gelten. Und wenn Cicero de officiis III. 15 § 61 uns belehrt, daß der Römische Geschworne in Folge der Worte ex fide bona den dolus nach der Litiscontestation zu berücksichtigen habe; so werden wir daraus entnehmen können, daß er sich auch in dieser Beziehung um culpa ursprünglich nicht zu kümmern hatte.

Darnach wäre denn die Entwicklung bei den gutgläubigen Obligationen die gewesen: daß erst der Contractsdolus entstand, an den sich dann im Laufe der Zeit die Contractsculpa, als der geringere Grad der Haftung, angesetzt haben wird.

Ob übrigens dolus und culpa von Haus aus Grade eines und desselben Gattungsbegriffes waren; ob nicht vielmehr beiden Begriffen ursprünglich eine ganz verschiedene Anschauung zu Grunde lag: darauf werde ich noch zurückkommen.

Sehen wir uns jetzt einmal wieder unser jus jurandum in litem an. Ulpian sagt in Bezug auf dasselbe fr. 4 § 4 de in lit. jur. 12, 3.

> Ex culpa autem non esse jus jurandum deferendum constat, sed aestimationem a judice faciendam.

Und ebenso Paulus in fr. 2 de in lit. jur. 12, 3.

> Interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non resti-

---

[29]) Gaj. III, 168; § 47 de inutil. stip. 3, 19.

[30]) Siehe über die Bedeutung von ipso jure Bd. I, S. 361, 362.

tuentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor.

Ferner Marcian in fr. 3 § 3 eodem.

Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam: haec enim judex aestimat.

Also eine Voraussetzung des jus jurandum in litem war noch in späterer Zeit Dolus des Beklagten. Nun hatte aber der Römische Geschworne bei den gutgläubigen Obligationen ursprünglich sich nur um Dolus, nicht um Culpa zu bekümmern. Es gab also in alter Zeit gar keine Fälle, wo eine aestimatio a judice facienda eintrat: alles besorgte hier das jus jurandum in litem.

Jetzt wird uns die alte Rechtsregel in fr. 3 § 2 Comm. noch verständlicher. Den Gegensatz der gutgläubigen und strengrechtlichen Obligationen können wir für die alte Zeit auf Grund der obigen Betrachtungen jetzt so ausdrücken: bei den strengrechtlichen Obligationen hat der Römische Geschworne in den Werth zu verurtheilen, den die Sache zur Zeit der gegenseitigen Streitgegenstandsbezeugung hatte; bei den gutgläubigen Obligationen hingegen in den Werth, den der Kläger beschwur. Die Thätigkeit des Römischen Geschwornen bei den gutgläubigen Obligationen bestand also in alter Zeit lediglich darin, zu untersuchen: ob der Kläger zum Schwur zuzulassen sei. Und daß er ihn nur beim Dolus des Beklagten schwören ließ, zeigte ihm das ex fide bona in den Formeln an.

Welches war denn der Inhalt dieses jus jurandum in litem? Was sollte der Kläger beschwören? Den Werth der Sache zur Zeit, wo das Urtheil zu sprechen.

Also auch den Werth der Früchte, wenn inzwischen nach der Litiscontestation welche gezogen waren. Aber wenn nun die Sache inzwischen vom Beklagten doloser Weise vernichtet war? In diesem Falle kam der Kläger gleichfalls zum Schwur. Es wurde also nicht bloß die Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, in Betracht gezogen. Deshalb ist es nicht bloß einseitig, sondern geradezu unrichtig, wenn man den Gegensatz zwischen gutgläubigen und strengrechtlichen Obligationen in der hier fraglichen Beziehung bloß so angibt: daß bei den einen auf den Zeitpunkt der Litiscontestation, bei den andern auf den, wo das Urtheil zu sprechen, gesehen werde. Auch wenn die Sache zur Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, gar nicht mehr vorhanden, sondern doloser Weise vernichtet war, kam es zum jus jurandum in litem.

In diesem jus jurandum in litem haben wir den Keim des Interessebegriffes zu suchen. Dasselbe war in seinem Ursprunge ein sehr roher und einfacher Rechtsbegriff. Denn daß eine Schätzung, die der Kläger selber vornahm, sehr zu seinen Gunsten ausfallen werde: leuchtet leicht ein, und wird auch durch viele Stellen bestätigt [31]. Dafür war aber auch die Sache sehr einfach abgethan: es bedurfte nur eines Eides, keines weitläufigen Beweisverfahrens, das in die alte Zeit auch gar nicht gepaßt hätte.

Der weitere Verlauf ist dann der gewesen, daß man das jus jurandum in litem mehr und mehr einengte, und ihm in der aestimatio a judice facienda ein Gegengewicht schuf.

Den Gegensatz zwischen strengrechtlichen und gutgläubigen Obligationen in der hier fraglichen Beziehung können wir jetzt auch so ausdrücken: die strengrechtlichen Obligationen gehen auf ein certum, wie es zur Zeit der Litiscontestation vorhanden ist; die gutgläubigen hingegen sind auf's Interesse angelegte Obligationen.

Und wenn wir uns jetzt nur an den Satz erinnern wollen, daß das jus jurandum in litem bei Geldobligationen ausgeschlossen war „cum certa sit nummorum aestimatio" [32], so wird uns klar, was wir bereits früher fanden [33]: weshalb die gutgläubigen Obligationen sofern sie auf Geld gingen, nicht zu den auf's Interesse angelegten Obligationen gehörten.

Ebenso wird uns jetzt verständlich, wie man es möglich machte, einen Geschwornen, der bisher vielleicht nur in ein certum verurtheilt hatte, das zur Zeit der Litiscontestation bereits feststand, zu veranlassen, in ein incertum zu verurtheilen: man ließ dieses incertum durch Eid des Klägers in eine bestimmte Geldsumme verwandeln.

Ihering [34] hat sehr gut nachgewiesen: daß das ältere Römische Recht den spätern Interessebegriff noch gar nicht kennt. Auf die Frage: wie denn das ältere Recht den natürlichen Anspruch eines jeden Verletzten auf das Interesse befriedigt habe? erhalten wir dann die Antwort: auf indirectem Wege durch Zuwendung eines Aversionalquantums, nicht aber auf directem durch Zulassung der Liquidation des-

---

[31] Vgl. z. B. fr. 1, fr. 4 § 2, 3 de in lit. jur. 12, 3.

[32] fr. 3 de in lit. jur. 12, 3.

[33] Band I § 14, S. 139—141.

[34] Geist des Römischen Rechtes, II. Band, erste Auflage, S. 110—120, zweite Auflage, S. 102—112.

selben. Und derartige Aversionalquanta lieferte namentlich die Conventionalstrafe und das alte Verdoppelungssystem. Das ist alles sehr richtig. Andererseits ist aber ein Aversionalquantum noch immer ein certum. Auf diese Weise sind wir also noch nicht vom certum losgekommen. Auf diese Weise ist noch nicht erklärt: wie sich der Uebergang vom certum zum incerten Interessebegriffe vollziehen konnte. Dieser Uebergang wurde eben durch das jus jurandum in litem vermittelt, das auf dem Gebiete der gutgläubigen Obligation, wie der spätere Verlauf zeigt, dazu gedient hat: eine Liquidation des Schadens, wenngleich noch in sehr roher Weise, zu ermöglichen.

Die gutgläubige Obligation, soweit sie für uns hier in Betracht kommt, entwickelte sich demnach in folgender Weise. Es war eine von Haus aus auf jus jurandum in litem bezw. Interesse gestellte Obligation. Die Größe des Vermögensunterschiedes hatte der Kläger zu beschwören. Der Geschworne ließ ihn aber nur unter der Voraussetzung zu diesem Eide zu, wenn die Sache entweder zur Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, noch vorhanden war, oder der Beklagte dolose gehandelt hatte.

Einen ganz andern Zuschnitt hingegen hatte die strengrechtliche Obligation. Hier verurtheilte der Geschworne in ein certum, wie es zur Zeit der Litiscontestation bereits feststand.

Als nun die Veteres mit culpa und Mahnung die Wirkung der Obligationsverlängerung verknüpften, nahmen sie bei dieser strengrechtlichen Obligation einfach folgende Operation vor: sie lenkten das Augenmerk des Geschwornen von dem Zeitpunkte der Litiscontestation weg auf den Zeitpunkt der Mahnung, bezw. Culpa.

Diese Operation ließ sich aber bei der gutgläubigen Obligation so ohne weiteres nicht anbringen. Denn der Geschworne sollte den Kläger ja nur dann zum Eide zulassen, wenn dies ex fide bona geschehen konnte. Also nicht, wenn die Sache nach der Litiscontestation zufällig zu Grunde gegangen; und noch viel weniger, wenn dies nach der Mahnung geschehen war.

Hier hat sich die Sache erst allmählich, und zwar in folgender Weise entwickelt:

Labeo kennt die Obligationsverlängerung noch nicht bei der Obligation des Verkäufers, wie sich aus fr. 17, de per. et comm. 18, 6, und fr. 51 pr. A. E. V. 19, 1, ergibt, was freilich erst in einem andern Zusammenhange klar werden kann[35]).

---

[35]) Vgl. unten § 86.

Beachtung verdient ferner folgende Aeußerung von Pedius in fr. 31, § 13, de aed. ed. 21, 1. — Ulpianus.

Sed hoc dicemus, si ante judicium acceptum decessit: ceterum si post judicium acceptum decessisse proponatur, tunc in arbitrium judicis veniet, qualiter mortuus sit: ut enim et Pedio videtur, ea, quaecumque post litiscontestationem contingunt, arbitrium judicis desiderant.

Die Stelle bezieht sich auf die actio redhibitoria. Das Edict der Aedilen schrieb vor[36]: si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve ejus factum erit — — ut ea omnia restituat. Dies verstand man so, daß damit auch die culpa des Käufers u. s. w. hatte getroffen werden sollen[37]). Nun erörtert Ulpian in den der ausgeschriebenen Stelle vorhergehenden §§ 11 und 12: welcher Art diese culpa sein müsse — und der Sinn unseres § 13 ist dann: daß nach der Litiscontestation das Ermessen des Römischen Geschwornen ein noch freieres sei, wofür sich auf Pedius berufen wird.

Freilich haben wir es hier mit einer actio redhibitoria zu thun, ferner mit einer culpa auf Seiten des Klägers. Wenn sich aber in dieser Beziehung die Sache so entwickelte: daß das Ermessen des Geschwornen nach der Litiscontestation ein freieres war — warum sollte es bei gutgläubigen Obligationen, so weit es sich um die culpa des Beklagten handelte, anders gewesen sein? So weit sich daher im Laufe der Zeit an den dolus praeteritus eine culpa praeterita ansetzte; so weit wird der Römische Geschworne bei den gutgläubigen Obligationen auch die culpa nach der Litiscontestation in Betracht gezogen haben; am Ende wies er gar den zufälligen Untergang nicht so ohne weiteres von der Hand.

Daß dies keine bloße Vermuthung, sondern die Sache sich in Wirklichkeit so entwickelt hat, zeigen folgende Stellen.

fr. 14, § 1, Depositi 16, 3. — Gajus.

Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede ejus et sua natura res ante rem judicatam interciderit, veluti si homo mor-

[36]) fr. 1 § 1 de aed. ed. 21, 1.

[37]) fr. 25 § 5 de aed. ed. 21, 1.

tuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.

Sabinus und Cassius stellen hier freilich noch als Regel hin, daß der mit der actio depositi Belangte nach der Litiscontestation nicht für Zufall hafte; sie fügen indes hinzu: jedenfalls wenn die Sache auch beim Kläger zu Grunde gegangen wäre. Sie werden also für den entgegengesetzten Fall schon bedenklich.

Daß Gajus die Ansicht des Sabinus und Cassius getheilt hat, kann nicht wohl zweifelhaft sein, obwohl v. Savigny [38]) in dieser Beziehung anderer Meinung ist.

Weiter ging Pomponius in fr. 12, § 3, Depositi 16, 3.

Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post judicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo (ex) die, quo depositi actum sit, periculo ejus apud quem depositum fuerit est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit.

Pomponius nimmt hier also geradezu die Analogie der condictio auf res certa zu Hülfe, und sagt, daß ebenso auch bei einer actio depositi der Beklagte nach der Litiscontestation für Zufall aufkommen müsse, wenn ihm zu dieser Zeit die Leistung möglich war.

Pomponius ging indes nicht so weit, daß er diese Haftung für Zufall auch schon an die Mahnung geknüpft hätte. Dies ersehen wir theils daraus, daß er in obiger Stelle die Haftung für Zufall erst nach der Litiscontestation eintreten läßt, theils aus folgender Stelle:

fr. 16 de cond. furtiva 13, 1. — Pomp.

Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo condictione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod etiamsi sine dolo malo et culpa ejus interierit res, condictione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.

Pomponius sagt hier: abgesehen vom furtum hafte weder der

---

[38]) System, Band 6, S. 175, 176.

Commodatar noch der Depositar leicht für Zufall. Wäre er aber der Ansicht gewesen, daß beide schon durch einfache Mahnung für Zufall verantwortlich würden, so hätten Fälle dieser Art sehr leicht vorkommen können.

So ist es denn kein bloßer Zufall, wenn wir bei den gutgläubigen Obligationen erst verhältnismäßig spät und auch nur sehr vereinzelt die Haftung für Zufall als Folge der Mahnung angegeben finden. Wir haben es hier in der That mit einer erst verhältnismäßig späten Rechtsentwicklung zu thun.

Paulus ist der erste Römische Rechtsgelehrte, welcher uns diesen Rechtssatz bezeugt [39]). Und die Annahme: daß Paulus diesen Rechtssatz erst aufgebracht haben sollte — ist mindestens nicht unwahrscheinlich [40]). Jedenfalls hat sich diese Entwicklung erst nach Pomponius vollzogen.

§ 65.

Die Obligationsverlängerung. — Fortsetzung.

Blicken wir jetzt wieder auf den Inhalt des vorigen Paragraphen zurück. Wir sahen: das Römische Recht hat in einem gewissen Umfang mit der Mahnung die unbedingte Haftung für Zufall verknüpft. Ueber diesen Satz ist indes die nachrömische Wissenschaft eigentlich nie recht zur Ruhe gekommen [1]). Bereits der Glossator Martinus [2]) griff ihn an; und v. Madai, obwohl er selber anderer Ansicht, sieht sich doch auf Grund seiner literargeschichtlichen Untersuchungen zu dem Ausspruche genöthigt [3]):

„Aus dieser Geschichte der Controverse ergibt sich, daß die Ansicht des Glossator Martinus fast zu einer opinio communis geworden, und auch in unserer Zeit von den gewichtvollsten Autoritäten unterstützt werde."

---

[39]) Siehe oben § 63 a. E. S. 17, 18.

[40]) Vgl. noch unten § 75.

[1]) Siehe die literargeschichtlichen Nachweise bei v. Madai, Mora, S. 289 fgg.

[2]) Glosse ad legem 14 § 1 Depositi s. v. interitura esset. Haenel, dissensiones dominorum, § 23 pag. 138, 139.

[3]) a. a. O. S. 296.

v. Madai selber stellt den Satz auf [4]):

„Daß vielmehr in Folge der durch die Mora eintretenden perpetuatio obligationis der Debitor schlechthin das periculum zu tragen hat, ohne Rücksicht darauf, ob die Sache auch beim Creditor zu Grunde gegangen sein, und ob derselbe sie veräußert haben würde, oder nicht."

Ihm sind gefolgt Schilling [5]) und Fritz [6]). Im übrigen hat v. Madai wenig Beifall gefunden. Namentlich haben sich gegen ihn auch erklärt: Wolff [7]), v. Savigny [8]), v. Vangerow [9]), Sintenis [10]), Puchta [11]), Windscheid [12]), Mommsen [13]), Cohnfeldt [14]).

Ehe ich diese Frage vom Standpunkt des heutigen Rechts erörtere, sei mir gestattet, mein Urtheil über die Entwicklung abzugeben, welche das Römische Recht in dieser Beziehung genommen hat.

Es kann nicht meine Absicht sein, die Verdienste der Römischen Wissenschaft irgendwie geringschätzen zu wollen. Mahnung, Contracts-culpa, Interesse: das sind alles Dinge, welche die Römer erst geschaffen haben, und die ihnen nicht von anderswoher überkommen sind. Wir bewegen uns hier fortwährend in den großartigsten Schöpfungen, die ihres Gleichen suchen. Auch das jus jurandum in litem verdiente unsere Aufmerksamkeit, weil es uns zeigte, wie man es schon in alter Zeit verstanden hat, durch dasselbe, so gut oder schlecht es nun gehen wollte, dem Interessebegriff Eingang zu verschaffen. Und selbst unsere Obligationsverlängerung verräth nicht minder deutlich das Gepräge Römischer Genialität. Man betrachte sich doch einmal eine Obligation auf certa res und denke sich die Mahnung wie die Contractsculpa weg. Sieht sie nicht so starr und steif aus, als ob sie für dergleichen

---

[4]) a. a. O. S. 305, 306.

[5]) Richter's Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, Jahrgang 1838, S. 253, 254.

[6]) Erläuterungen, Band II, S. 259 fgg.

[7]) Mora, S. 461 fgg.

[8]) System, Band VI, S. 170 fgg.

[9]) Pandekten, Band III, § 588, Anm. 3.

[10]) Pandekten, Band II, § 93, Text bei Anmerkung 44 und Anm. 44.

[11]) Pandekten, § 268.

[12]) Pandekten, Band II, § 280.

[13]) Mora, S. 183 fgg.

[14]) Die Lehre vom Interesse, S. 196 fgg.

Dinge völlig unzugänglich wäre? Gleichwohl haben die Römer es verstanden, beides hier anzubringen; und zwar, worin sich die echte Genialität zeigt, durch das einfachste Mittel von der Welt: sie verlegten das Augenmerk des Geschwornen von der Litiscontestation auf einen früheren Zeitpunkt.

Das alles erkenne ich bereitwillig an; aber andererseits bin ich ebenso wenig blind gegen die Schwächen des Römischen Rechtes. Allerdings war die Obligationsverlängerung ihrer Zeit eine geniale Schöpfung. Ich will es den Römern auch keineswegs verargen, daß sie dieselbe auf ihrem Ursprungsgebiete, und namentlich dem der Stipulatio auf res certa beibehalten haben. Sie hatten sich einmal an die Obligation auf res certa gewöhnt; und hätten sie auf dieselbe in ähnlicher Weise den Interessebegriff übertragen, wie sie diesen bei den gutgläubigen Obligationen zur Anwendung brachten, so wäre ihre Obligation auf res certa in dieser Beziehung incert geworden. Das also mache ich den Römern keineswegs zum Vorwurfe; wohl aber, daß sie die Obligationsverlängerung auf die gutgläubigen Obligationen hinübergenommen haben.

Die gutgläubigen Obligationen auf Sachen waren von Haus aus auf's Interesse angelegt. Die Römer hätten sich darauf beschränken müssen: diesen Begriff, der anfangs ziemlich roh auftrat, in jeder Beziehung zu vervollkommnen; und von demselben die Obligationsverlängerung, die gar nicht dazu paßte, fern zu halten. Diesen Punkt hat die nachrömische Wissenschaft ganz richtig herausgefühlt, indem sie sich über die unbedingte Haftung des gemahnten Schuldners für Zufall nie recht hat beruhigen können.

Es war eine Abirrung vom rechten Wege, als die Römer die Obligationsverlängerung auf die gutgläubigen Obligationen übertrugen; und ebenso als sie bei Fideicommissen die unbedingte Haftung für Zufall für eine Folge der Mahnung erklärten.

Unsere Aufgabe würde es demzufolge nur sein können: diese Entwicklung, die das Römische Recht genommen hat, wieder rückgängig zu machen, falls sich uns hierzu Handhaben darbieten sollten. Und zu einem solchen Rückgängigmachen fehlt uns um so weniger die Berechtigung, als das Corpus juris in der hier fraglichen Beziehung in der That Widersprüche enthalten dürfte.

Mommsen[15]) hat vorzugsweise auf folgende Stellen Gewicht gelegt:

---

[15]) a. a. O. S. 188 fgg.

fr. 47, § 6, Leg. I. Ulpianus.
fr. 14, § 11, i. f. Q. M. C. 4, 2. — Ulp.
fr. 15, § 3, R. V. 6, 1. — Ulp.
fr. 40, pr. H. P. 5, 3. — Paul.
fr. 20, § 21, H. P. 5, 3. — Ulp.

Allein von allen diesen Stellen bezieht sich nur eine einzige, nämlich die erste, auf unsere Mahnung, und diese will auch noch nicht einmal viel bedeuten. Sie lautet:

> Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

Also der Erbe soll nach der Mahnung für Zufall haften, denn der Legatar hätte ja verkaufen können.

Hier ist demnach die unbedingte Haftung für Zufall anerkannt. Die Begründung ist nur insofern psychologisch interessant, als sie zeigt, wie tief bereits zu Ulpian's Zeit der Interessebegriff in die Anschauungsweise der Römischen Rechtsgelehrten eingedrungen war: versucht doch Ulpian sogar die Obligationsverlängerung, die auf einem ganz andern Grundgedanken beruhte, sich vom Interesse-Standpunkt aus zurecht zu legen.

Die übrigen Stellen beziehen sich sämmtlich auf den bösgläubigen Besitzer. Dahin gehört auch das von Mommsen, S. 185, in Bezug genommene fr. 12, § 4, ad exh. 10, 4. Wenigstens stellte Paulus, von dem die Stelle herrührt, für den gutgläubigen Besitzer anderswo mildere Grundsätze auf[16]. Auf alle Fälle hat auch diese Stelle mit unserer Mahnung nichts zu schaffen. Denn einentheils handelt sie von Wirkungen der Litiscontestation; anderseits war die actio ad exhibendum eine Klage, die größtentheils nach den Regeln der Eigenthumsklage beurtheilt wurde[17]. Und wenn dieselbe heutzutage meistens im Obligationenrecht abgehandelt wird[18], so dürfte das schwerlich ihr richtiger Platz sein[19]. Denn wenn ich von jemand z. B. kraft meines Eigenthumsrechtes Vorzeigung einer Sache ver-

---

16) fr. 40, pr. H. P. 5, 3.

17) Vgl. v. Savigny, System, Bd. VI., S. 181.

18) Vgl. z. B. Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 474; v. Vangerow, Pandekten, Bd. III., § 707.

19) Vgl. unten § 87.

langen kann, so ist das nicht minder ein dinglicher Anspruch, als wenn jemand mir gegenüber kraft meines Eigenthumes zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist.

Von den fraglichen Stellen sind übrigens fr. 14, § 11, Q. M. C. 4, 2.

> sed etsi non culpa ab eo quo cum agitur aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus.

und fr. 15, § 3, R. V. 6, 1.

> Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique ajunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus.

die bedeutendsten. Nach beiden soll der bösgläubige Besitzer nicht unbedingt für Zufall haften.

Daß auch fr. 14, § 11, Q. M. C. sich auf einen bösgläubigen Besitzer bezieht, ergeben die Worte: et nihilominus in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio ad eum recipiendum integra ei qui vim passus est servabitur. Denn darnach war ja das Eigenthum beim Bezwungenen geblieben. Wir haben also diese Stelle von einer Gewaltthat zu verstehen, die den Betroffenen nur thatsächlich[20]) um seinen Sclaven brachte, ihm aber keineswegs etwa das Eigenthum nahm.

Freilich beziehen sich beide Stellen nicht auf unsere Mahnung. Allein es wäre doch eine Disharmonie, wenn es Fälle gäbe, wo nicht einmal ein bösgläubiger Besitzer unbedingt für Zufall zu haften brauchte, während dies für den gemahnten Schuldner gelten würde.

Dazu kommen nun fr. 12, § 3 und fr. 14, § 1 Depositi. Denn darnach machten weder Sabinus und Cassius, noch Gajus, noch Pomponius den gemahnten Depositar für Zufall verantwortlich.

Endlich wäre folgende Stelle zu beachten.

fr. 36, § 2, de usufr. 7, 1. — Africanus.

> Usus fructus servi Titio legatus est: cum per heredem staret, quominus praestaretur, servus mortuus

---

[20]) Vgl. fr. 9, pr. § 2, Q. M. C. 4, 2, und dazu Schliemann, die Lehre vom Zwange, S. 38—40, und Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 462.

est: aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit moram factam non esse, ut scilicet ex eo tempore in diem, in quo servus sit mortuus, usus fructus aestimetur.

Hier ist der Sclave, an dem der Nießbrauch vermacht war, nach der Mahnung gestorben. Gesetzt, der Nießbrauch sei auf zehn Jahre vermacht, während der Tod des Sclaven ein Jahr nach der Mahnung erfolgte. Ginge man hier davon aus, daß der gemahnte Erbe unbedingt für Zufall hafte, so müßte er in einem solchen Falle den Werth eines zehnjährigen Nießbrauches erstatten. African betrachtet die Sache aber vom Interesse-Standpunkt aus, und gelangt demzufolge zu dem Ergebnis, daß nur der Werth eines einjährigen Nießbrauches zu ersetzen wäre. Auf eine Verkaufsmöglichkeit wird keine Rücksicht genommen. African rechnet vielmehr nur aus, was der Legatar gehabt, wenn er behalten hätte.

Diese Entscheidung wird African um so leichter geworden sein, als derselbe ebenso wie anderswo Ulpian eine Stipulation eines Usus-fructus an einem bestimmten Grundstück [21]), ein Legat eines Usus-fructus an einem bestimmten Sclaven für ein incertum gehalten haben könnte. Ferner scheint ein Nießbrauch gerne in Form eines legatum sinendi modo vermacht zu sein [22]); ein solches Legat war aber stets incerter Natur, weil hier die Formel eine incerte Intention hatte [23]). Außerdem haben bereits die Römischen Juristen, soviel unsere Mahnung angeht, das Nießbrauchslegat, als solches, entwickelt, ohne auf die Form, in welcher der Nießbrauch legirt war, allzu großes Gewicht zu legen [24]).

So haben wir denn hier einen Fall, wo der gemahnte Schuldner bei einer auf's Interesse angelegten Obligation nicht unbedingt für Zufall haftet.

Diesem allem zufolge liegt die Sache so. Eine Reihe von Stellen spricht für die Obligation auf res certa die unbedingte Haftung des gemahnten Schuldners für Zufall aus. Diese Stellen kümmern uns heutzutage nichts mehr. Allein diese Wirkung der Mahnung wird auch in drei Stellen für die Verpflichtung des Verkäufers, in zwei

---

[21]) fr. 75, § 3, V. O. 45, 1.

[22]) Vgl. fr. 2 de ann. leg. 33, 1; fr. 14 de usu et usufr. leg. 33, 2.

[23]) Gaj. II., 213.

[24]) Vgl. unten § 86.

Stellen für die Verpflichtung des Ehemannes zur Herausgabe der Mitgift, und in zwei Stellen für Fideicommisse ausgesprochen.

Dem gegenüber stehen zwei Stellen, wonach der gemahnte Depositar nicht für Zufall haften soll, und eine Stelle, wo bei einer auf's Interesse angelegten einseitigen Obligation die Haftung für Zufall vom Interesse=Gesichtspunkt aus aufgefaßt wird.

Außerdem ist zu beachten, wie wir sogleich sehen werden: daß es mit den drei Stellen, welche sich auf die Verpflichtung des Verkäufers beziehen, seine besondere Bewandtnis hat, und die hier getroffene Entscheidung auch neben dem Interesseprincip ihre Berechtigung behält.

Bei diesem Stande der Quellen sind verschiedene Wege möglich.

Entweder wir halten an beiden Principien, sowohl der Obligationsverlängerung wie dem Interessebegriff, fest; und bemühen uns, das Gebiet beider abzugrenzen. Allein weil es hier für zwei Principien an jedem innern Grunde fehlt, würde jede Abgrenzung das Gepräge der Willkür in sich tragen, und nur zu einer Reihe höchst unerquicklicher und unfruchtbarer Streitfragen die Veranlassung abgeben.

Oder wir entscheiden uns für das eine oder das andere Princip.

Die Obligationsverlängerung, einst eine geniale Schöpfung altrömischer Wissenschaft, paßt nicht mehr für die Gegenwart. Der Interessebegriff hingegen ist das Recht, das mit uns geboren. Ich entscheide mich für dieses Recht.

Und so hätte ich denn nun vom Interesse=Gesichtspunkt aus die Frage zu erörtern, in wie fern ein gemahnter Schuldner für Zufall hafte.

Denken wir uns zunächst eine einseitige Obligation: der gemahnte Schuldner sei Commodatar oder ein mit einem Vermächtnis Belasteter. Ein solcher Schuldner wird an sich frei, wenn er beweist, daß die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen sei[25]). Dieser Einrede des Schuldners kann aber im Falle einer Mahnung der Gläubiger folgende Replik entgegensetzen: der Zufall würde ihn nicht getroffen haben, wenn die Mahnung rechtzeitig beachtet wäre; und diese Replik hat nöthigenfalls der Gläubiger zu beweisen.

Hierbei ist indes ein doppelter Standpunkt möglich: entweder man geht davon aus, daß der Gläubiger behalten hätte, oder verkauft hätte. Also entweder: der Unfall hätte die Sache beim Gläubiger nicht betroffen — oder: der Unfall hätte den Gläubiger nicht getroffen, weil er inzwischen die Sache schon wieder verkauft hätte.

---

[25]) Vgl. fr. 9, § 4, Loc. 19, 2; c. 5 C. de pign. act. 4, 24.

auf dare certam rem bezeugen; bedenken wir ferner, daß die verhältnismäßig wenigen Stellen, welche die Haftung für Zufall als eine Folge der Mahnung bei den gutgläubigen Obligationen erwähnen, erst einer verhältnismäßig späten Zeit angehören — so legt sich uns schon von selber der Gedanke nahe: daß nicht die gutgläubigen, sondern die strengrechtlichen Obligationen auf certa res das Ursprungsgebiet unserer Obligationsverlängerung sein werden.

Allein es läßt sich auch der ganz bestimmte Nachweis führen: daß die Obligationsverlängerung zur ursprünglichen Anlage der gutgläubigen Obligation gar nicht gepaßt, und sich hier erst in verhältnismäßig später Zeit eingenistet hat.

Was zunächst das Zeitfolgeverhältnis zwischen den strengrechtlichen und gutgläubigen Obligationen selber anbetrifft, so haben wir uns die letzteren als die jüngeren zu denken. Denn es leuchtet ein, daß die viel künstlichere Formel mit Demonstratio, incerter Intention und dem Zusatze ex fide bona eine spätere Erfindung sein muß, als der im Verhältnis dazu einfache Rohbau „Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. servum Stichum dare oportere, quanti ea res erit, judex condemna, s. n. p. a.“ [1]).

Den Gegensatz, um den es sich hier zwischen beiden Obligationengattungen zunächst handelt, gibt eine alte Rechtsregel [2]) so an:

„In hac actione sicut in ceteris bonae fidei judiciis similiter in litem jurabitur, et rei judicandae tempus, quanti res sit, observatur; quamvis in stricti (juris) litis contestatae tempus spectetur“,

d. h.: „Ebenso wie bei den übrigen gutgläubigen Obligationen wird auch bei der Commodatsklage in Bezug auf den Streitgegenstand geschworen, und die Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, beobachtet; obgleich bei den strengrechtlichen Obligationen auf die Zeit der Litiscontestation gesehen wird.“

Der Gegensatz zwischen gutgläubigen und strengrechtlichen Obligationen ist also ein doppelter: bei ersteren wird auf den Zeitpunkt des Urtheils, bei letzteren auf den der Litiscontestation gesehen; bei ersteren findet jus jurandum in litem Statt, nicht so bei letzteren.

---

[1]) Vgl. z. B. Kuntze, Institutionen, § 146 und § 228; Excurse S. 124—127.

[2]) fr. 3, § 2, Commodati 13, 6. — Ulp.

Was den letzteren Punkt anbetrifft, so wird derselbe von einem Ausspruche Ulpian's in fr. 4, § 2, de in litem jurando 12, 3:

arbitrio tamen bonae fidei judicis etiam hoc congruit

bestätigt. Und ebenso sagt Marcian einentheils in fr. 5 pr. de in litem jurando ganz allgemein:

et in bonae fidei judiciis in litem juratur,

während er andererseits durch einen Ausnahmefall in fr. 5, § 4 eodem:

Plane interdum et in actione stricti judicii (juris) in litem jurandum est

bestätigt, daß das jus jurandum in litem bei strengrechtlichen Obligationen regelmäßig keine Verwendung fand.

Demnach möchte man meinen: daß über diesen durch die Zulässigkeit des jus jurandum in litem zwischen gutgläubigen und strengrechtlichen Obligationen gebildeten Gegensatz kein Streit obwalten könne. Gleichwohl verhält sich die Sache anders, und namentlich ist an unserm fr. 3, § 2, Comm. 13, 6 herumgedeutelt worden.

So sagt z. B. v. Schröter, der den in Frage stehenden Eid lediglich mit den actiones arbitrariae in Verbindung bringt, in Bezug auf unsere Stelle[3]):

„Die Hauptstelle über die commodati actio: „„in hac actione, sicut in caeteris bonae fidei judiciis similiter in litem juratur““ spricht aber sogar für die richtige Ansicht, wenn man nur das Komma, nicht wie gewöhnlich geschieht, hinter judiciis, sondern hinter similiter setzt. Ulpianus sagt: „„bei dieser Klage wird das jus jurandum in litem geschworen, wie bei den übrigen bonae fidei judiciis, wo sie die Natur der commodati actio haben““, d. h. auf ein restituere gerichtet sind.“

Allein hinter similiter ein Komma zu setzen, wäre eine ganz merkwürdige Interpunction. Allerdings ist similiter mit sicut in Verbindung zu bringen, und nicht etwa mit dem anfügenden et, da ja etwas mit einander verglichen werden soll. Das tertium comparationis ist aber lediglich das jus jurandum in litem selber, nicht einzelne Voraussetzungen desselben. Die fragliche Stelle ist der von Schröter'schen Ansicht durchaus nicht günstig. Es muß entschieden einmal eine Zeit gegeben haben, wo das jus jurandum in litem

---

³) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 7, S. 377.

einen Gegensatz zwischen gutgläubigen und strengrechtlichen Obligationen bildete, denn sonst hätte eine solche Rechtsregel, wie Ulpian sie uns hier mittheilt, gar nicht entstehen können.

Dabei wolle man jedoch dies beachten. Gutgläubige und strengrechtliche Obligationen werden in unserer Stelle nur, soweit es sich um eine Schätzung handelt, einander gegenüber gestellt. Es scheiden also ganz von selber auf beiden Seiten die Obligationen auf Geld aus. So verwirft denn auch Ulpian einmal ausdrücklich das jus jurandum in litem bei einer auf Geld gerichteten Obligation „cum certa sit nummorum aestimatio“ [4]); und wenn freilich Ulpian selber von diesem Satze Ausnahmen macht, so wird er doch einmal ausnahmslos gegolten haben.

Ferner wäre darauf hinzuweisen: daß das jus jurandum in litem zum officium judicis, also dem ordentlichen Verfahren, in Beziehung steht. Dies nimmt auch v. Schröter an, wenn derselbe sagt [5]):

> „Der Kläger schätzte auf Anweisung des judex, vermöge des ihm von diesem deferirten Eides. Indem ihm der judex einen Theil seines officii überwies, nahm er zu demselben die Stellung, in welche der Magistrat, durch Ertheilung der Formula, zu ihm getreten war.“

Nur will mir bei v. Schröter die Vorstellung nicht gefallen, daß der Geschworne dem Kläger einen Theil seines officii überwiesen habe; jedenfalls kann diese Auffassung bei Einführung des jus jurandum in litem nicht obgewaltet haben. Denn man wird doch annehmen müssen, daß gleichzeitig mit Einführung der gutgläubigen Obligationen hier auch dem jus jurandum in litem seine Rolle angewiesen wurde. Dann hätte man aber dem jus jurandum in litem kein Gebiet angewiesen, das man vom officium judicis wegnehmen mußte: vielmehr bewegte sich das jus jurandum in litem auf einem noch ganz jungfräulichen Gebiete, das bisher nie vom Römischen Geschwornen betreten war. Auch ist ja die Entwicklung bei den gutgläubigen Obligationen nicht die gewesen, daß das jus jurandum in litem im Laufe der Zeit auf Kosten des officium judicis sein Gebiet erweitert hätte; vielmehr ist dasselbe nach und nach vom officium judicis zurückgedrängt und eingeengt worden [6]).

---

4) fr. 3 de in litem jurando 12, 3.

5) a. a. O. S. 359.

6) Vgl. z. B. fr. 4 § 2, 3 de in litem jur. 12, 3.

v. Schröter legt für seine Auffassung besonderes Gewicht auf folgende zwei Stellen:

fr. 5 pr. Depositi 16, 3. — Ulpianus.

Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium judicium depositi datur, in quo judicio merito in litem non juratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate ejus qui depositum suscepit.

c. 4 C. de act. emt. vend. 4, 49. — Impp. Diocletianus et Maximianus. (290.)

Si traditio rei venditae juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emtionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.

Was die erstere Stelle anbetrifft, so handelt es sich in derselben um eine Schadloshaltung, also eine Obligation auf Geld, die von Haus aus dem jus jurandum in litem fern lag. Diese Stelle macht von unserm Standpunkte aus mithin nicht die mindeste Schwierigkeit.

In der zweiten Stelle rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian: daß der Präses einer Provinz die Größe eines durch Nichterfüllung eines Kaufgeschäfts entstandenen Interesseanspruches festsetzen solle. Auch diese Stelle steht mit unserer Auffassung keineswegs in Widerspruch, da wir uns ja das jus jurandum in litem in Beziehung zum officium judicis zu denken haben. Wenn aber der Präses der Provinz über die Größe des Interesseanspruches selber cognoscirte, also in dieser Beziehung kein judicium anordnete, so konnte füglich auch das jus jurandum in litem ausfallen. Ueberhaupt war die Trennung des Verfahrens zwischen jus und judicium in den Provinzen zu Diocletian's und Maximian's Zeiten schon lange nicht mehr so regelmäßig durchgeführt, wie in Rom. Schon zu Zeiten der Römischen Juristen hing es so ziemlich vom Ermessen des Präses ab, ob er selber cognosciren, oder ein Judicium anordnen wollte [7]); und daß der praeses provinciae Interesseansprüche seiner Cognition vorbehielt, dafür fehlt es auch sonst nicht an Beispielen [8]).

v. Savigny meint noch [9]), bei einer actio emti könne von

[7]) fr. 8, 9 de officio praesidis 1, 18.

[8]) c. 3 de inutilibus stip. 8, 39.

[9]) System, Band 5, S. 128, 129.

einer eigentlichen Restitution keine Rede sein; allein er selber hat Stellen beigebracht, aus denen hervorgeht, daß die Römer auch hier von restituere sprachen [10]).

Ueberhaupt kann es hier nicht meine Aufgabe sein, zu erörtern: wie es sich mit dem jus jurandum in litem nach Justinian'schem und heutigem Rechte verhalte. Mir kam es nur auf eine Erklärung von fr. 3 § 2 Commodati an. Auf Grund derselben genügt es nicht, wenn man den Gegensatz zwischen gutgläubigen und strengrechtlichen Klagen dahin faßt: daß bei den einen nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation, bei den andern nach der Zeit des Urtheils geschätzt werde — man muß hinzufügen: daß bei den gutgläubigen das jus jurandum in litem Platz greife, nicht aber bei den strengrechtlichen.

Lassen wir indes den Eid einstweilen noch bei Seite, fassen wir vielmehr lediglich den Gegensatz, anlangend die Schätzungszeit, in's Auge. Man denke sich, es handle sich um eine Species, was heißt es dann, daß der Geschworne auf den Zeitpunkt der Litiscontestation sehen soll? Das bedeutet so viel: daß den Geschwornen das spätere Schicksal der Sache nicht kümmert; mag sie besser oder schlechter werden; der Geschworne verurtheilt in den Werth, den die Sache zur Zeit der Litiscontestation hatte. Was heißt es ferner, daß der Geschworne auf den Zeitpunkt des Urtheils zu sehen habe? Das bedeutet so viel: daß den Geschwornen das spätere Schicksal der Sache allerdings kümmert; wird sie mehr werth, dann muß er auch in mehr verurtheilen. Wenn sie nun aber schlechter wird, oder ganz zu Grunde ging? Dann mußte der Geschworne zufolge dieser Rechtsregel in weniger verurtheilen, beziehungsweise freisprechen.

Sollte dies aber ausnahmslos gegolten haben? Dann hätte der Beklagte ja nur nöthig gehabt, die Sache nach der Litiscontestation doloser Weise zu vernichten. Ueber diesen Punkt gibt uns eine Stelle aus Cicero Aufschluß. Derselbe sagt:

de officiis Lib. III, Cap. 15, § 61.

> Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria; et sine lege judiciis, in

---

[10]) fr. 13 § 18 de A. E. V. 19, 1. c. 12 C. eodem 4, 49. Vgl. auch das Band I § 14, S. 147, bei Gelegenheit von fr. 47 A. E. V. über die Vorsylbe re Bemerkte.

quibus additur, ex fide bona. Reliquorum autem judiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae, melius, aequius: in fiducia, inter bonos bene agier. Quid ergo? aut in eo, quod melius aequius, potest ulla pars inesse fraudis? aut, quum dicitur, inter bonos bene agier, quidquam agi dolose aut malitiose potest?

Also der in einem judicium bonae fidei bestellte Geschworne hatte in der hier fraglichen Beziehung nicht bloß die in fr. 3 § 2 Comm. uns aufbewahrte Rechtsregel zu befolgen, sondern daneben auch auf den Dolus des Beklagten Rücksicht zu nehmen. Dies brachte schon mit sich das ex fide bona in den Formeln der gutgläubigen Obligationen, das melius aequius beim arbitrium rei uxoriae und das inter bonos bene agier bei fiducia. War also nach der Litiscontestation die Sache durch Dolus des Beklagten untergegangen oder schlechter geworden, so mußte der Geschworne gleichwohl in den Werth verurtheilen, den die Sache ohne diesen Dolus gehabt hätte. So wie Cicero die Sache darstellt, müssen wir sogar annehmen: daß der ursprüngliche öconomische Zweck der Klausel „ex fide bona" bei Sachleistungen lediglich der war, den Dolus des Beklagten unschädlich zu machen. Freilich haben die Römischen Rechtsgelehrten, aus diesem „ex fide bona" alles Mögliche zu machen verstanden. Das ist aber eben spätere Entwicklung [11]); in welcher Beziehung hier nur an das Verhältnis der actio ex emto zum Aedilitischen Edict erinnert werden mag [12]).

Vielleicht möchte man aber meinen: daß die Worte ex fide bona sich nicht auf den Dolus nach, sondern auf den Dolus vor der Litiscontestation bezögen. Allein die Sache verhielt sich gerade umgekehrt, wie wir gleichfalls aus Cicero entnehmen können. Unmittelbar vor der ausgeschriebenen Stelle bespricht derselbe nämlich in Cap. 14 § 58—60 folgenden Fall.

Ein Römischer Ritter, Namens Canius, der sich zu seinem Vergnügen in Syracus aufhielt, sprach viel davon: er hätte wohl Lust, sich ein Landhäuschen zu kaufen, wohin er seine Freunde einladen,

---

[11]) Vgl. Bekker, die Actionen, Bd. I, S. 162 fgg.

[12]) fr. 31 § 20 de aed. ed. 21, 1. v. Vangerow, Pandekten, Bd. III, § 609, Anm. Nr. II, S. 304, 305.

und wo sie sich ungestört amüsiren könnten. Als dies in der Stadt herum war, machte ihm ein Geldwechsler, Namens Pythius, den Vorschlag: sein Landhaus sei zwar nicht verkäuflich, er könne dasselbe aber wie das seinige betrachten. Gleichzeitig lud er ihn auf den folgenden Tag zu Mittag ein. Darauf ließ Pythius, der als Geldwechsler ein einflußreicher Mann war, verschiedene Fischer zu sich kommen, und verlangte von ihnen, daß sie am folgenden Nachmittag vor seinem Landhaus fischen sollten; gab auch an, wie das anzufangen. Canius stellt sich rechtzeitig ein. Er ist ganz verwundert über die Menge von Kähnen; die Fischer werfen ihm ihren Fang nur immer so zu Füßen. Er fragt den Pythius: wo all die Fische herkämen? Der antwortet: das sei durchaus nicht wunderbar, denn alles, was Syracus an Fischen aufzuweisen habe, werde hier gefangen. Ein solches Landhaus muß Canius haben. Er bewilligt, was Pythius fordert; der Kauf wird abgeschlossen. Als er aber den nächsten Tag wieder kommt, sieht er kein einziges Ruder. Er fragt einen Nachbarn: ob die Fischer vielleicht Ferien hätten? Durchaus nicht, antwortet dieser; aber hier würde überhaupt nicht gefischt, und deshalb hätte er sich darüber gewundert, was hier gestern aufgestellt sei. Canius ist verdrießlich. Aber was soll er machen? Nondum enim Aquillius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas.

Aus dieser Stelle ergibt sich deutlich, daß die Worte ex fide bona den dolus praeteritus d. i. den Dolus vor der Litiscontestation ursprünglich nicht mit umfaßten. Denn sonst hätte es ja der formulae de dolo malo nicht bedurft. Aber auch noch sonstige Anzeichen sind vorhanden, daß dieser dolus praeteritus seine eigne Entwicklung gehabt hat.

So ist es z. B. erst ein Satz des neuern Rechtes: daß Klagen, welche gegen den Besitzer als solchen gehen, auch gegen den angestellt werden können, welcher den Besitz doloser Weise aufgegeben hat [13]. Ferner ist der Schutz gegen dolose Veräußerungen bei den gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klagen, der im neuern Recht ein Stück der Klage selbst geworden ist, und der dem ältesten Recht gänzlich fehlte, zuerst in Form einer actio in factum propter alienationem

---

[13]) fr. 13 § 2; fr. 20 § 6; fr. 25 § 7 H. P. 5, 3; fr. 27 § 3 R. V. 6, 1; fr. 95 § 9 Sol. 46, 3. Vgl. Jhering, Geist des röm. Rts., Bd. III, S. 29 u. 179.

judicii mutandi causa factam durch den Prätor eingeführt worden [14]).

Auch darauf mag hingewiesen werden, daß das agier in der Ausdrucksweise „inter bonos bene agier", das wir uns ebenso wie das aequius melius als Vorläufer des ex fide bona zu denken haben [15]), auf den Dolus nach der Litiscontestation zu deuten scheint.

Nun heißt es freilich in Bezug auf die actio ex emto in

fr. 7 § 3 de dolo malo 4, 3. — Ulp.

Sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.

Hier wird allerdings durch die actio ex emto der dolus praeteritus schon mit umfaßt. Allein darin haben wir eben eine spätere Rechtsentwicklung zu erblicken, wie der nichtausgeschriebene Theil der Stelle deutlich erkennen läßt. Zu Cicero's Zeiten griff hier noch die actio de dolo ein.

Uebrigens hatte der dolus praeteritus selbst zu Ulpian's Zeiten die actio de dolo noch nicht vollständig bei Seite geschoben. Dies ersehen wir daraus: daß Ulpian im Falle eines commendare decipiendi emtoris causa die actio de dolo zuläßt [16]) Es muß also damals mindestens zweifelhaft gewesen sein [17]): ob der dolus praeteritus diesen Fall mit umfasse.

Bekker [18]) findet zwischen dem angeführten fr. 37 de dolo und der Stelle bei Cicero eine gewisse Aehnlichkeit. Allein das Verhalten des Pythius war ein wesentlich anderes: derselbe beschränkte sich keineswegs auf bloßes Anempfehlen, sondern täuschte den Canius vor allen Dingen durch seine Handlungsweise.

Vor Einführung der actio de dolo, d. i. vor 66 vor Chr. Geburt, wurde also im allgemeinen der dolus praeteritus bei den gutgläubigen Obligationen nicht berücksichtigt.

---

[14]) Tit. D. de alien. jud. mut. causa facta 4, 7. Vgl. Ihering a. a. O. Bd. III, S. 29, 30.

[15]) Vgl. Ubbelohde, Realcontracte, S. 53, 54.

[16]) fr. 37 de dolo 4, 3.

[17]) Vgl. Bd. I, S. 296, 297.

[18]) Actionen, Bd. I, S. 165.

Nun hatte ich bereits früher [19]), anlangend die uns von Gajus IV, 47 mitgetheilte formula in factum concepta, betreffend das Depositum, Gelegenheit, zu bemerken: „vor dieser actio in factum konnte im Falle eines Depositums der dolus praeteritus gar nicht als Contractsdolus geltend gemacht werden."

Ist diese Ansicht richtig, so ergibt sich gleichzeitig: daß diese actio in factum depositi vor 66 vor Chr. Geburt eingeführt sein muß; denn später hätte es wegen der actio de dolo nicht mehr nöthig gethan.

Ein anderer Vorläufer der actio de dolo war der von M. Portius Cato, dem Vater des berühmten Uticensis [20]), in dem Rechtsstreite des Calpurnius Lanarius wider den Claudius Centumalus wegen Kaufes in Anlehnung an eine Zwölftafelbestimmung [21]) zuerst aufgestellte Satz:

„quidquid esset in praedio vitii id, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere" [22]),

den Ofilius bereits auf andere Sachen ausdehnte [23]). Das Auffallende der Entscheidung bestand darin: daß bei einer Formel auf

„quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona"

die Verurtheilung wegen eines dolus praeteritus erfolgte. Gedachter Cato war der erste, welcher die Clausel „ex fide bona" auch auf einen dolus praeteritus bezog. Cicero [24]) drückt dies so aus:

„Ergo ad fidem bonam statuit pertinere, notum esse emptori vitium, quod nosset venditor."

Die Anfänge des dolus praeteritus bei der Verkaufsverpflichtung können wir demnach mit ziemlicher Sicherheit ungefähr um's Jahr 100 vor Christi Geburt setzen. Und weil bereits vor Einführung der actio de dolo in einem besondern Falle die Clausel „ex fide bona" für tauglich erachtet war, den dolus praeteritus mit zu umfassen,

---

[19]) Bd. I, § 48 bei Erörterung von fr. 1 § 22 Depositi 16, 3, S. 484 fgg.

[20]) Cic. de off. III § 66 vba: „hujus nostri Catonis pater."

[21]) Cic. de off. III § 65 vba: „Nam, quum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata; quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret: a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta."

[22]) Cic. de off. III § 65; Val. Max. VIII. 2, 1. Vgl. Bekker, die Actionen, Bd. I, S. 163, 164.

[23]) fr. 38 § 7 de aed. ed. 21, 1. Vgl. Kuntze, Excurse, S. 489.

[24]) Cic. de off. III § 67.

begreift sich wiederum, wie leicht sich die Entwicklung machen mußte: daß die gutgläubigen Obligationen die actio de dolo fast vollständig in sich aufnahmen.

Ueberhaupt ist es keineswegs selbstverständlich, daß der Römische Geschworne sich um Dinge kümmern mußte, die sich bereits vor der Litiscontestation zugetragen hatten. Unsere Rechtsregel in fr. 3 § 2 Comm. besagt: daß der Geschworne bei strengrechtlichen Obligationen auf den Zeitpunkt der Litiscontestation, und bei gutgläubigen auf den Zeitpunkt des Urtheils zu sehen habe. Und wenn auch, wie wir gesehen haben, das ex fide bona in den Formeln den Geschwornen nöthigte, mitunter seinen Blick auf die Zeit zwischen Litiscontestation und Urtheil zu werfen; wenn wir ferner auch werden annehmen müssen, daß es vor Beginn der Thätigkeit des Geschwornen so gut bei den gutgläubigen Obligationen wie bei den strengrechtlichen einer gegenseitigen Streitgegenstandsbezeugung bedurft haben wird: immerhin lag die Zeit sowohl vor der Litiscontestation, wie nach dem Urtheil an sich außer dem Bereiche des Römischen Geschwornen. In letzterer Beziehung heißt es z. B. noch in

fr. 1 § 2 Us. 22. 1. —

> Paulus notat: quid enim pertinet ad officium judicis post condemnationem futuri temporis tractatus?

Und in ersterer Beziehung bedurfte es ursprünglich jedes Mal besonderer Vorrichtungen, um den Blick des Römischen Geschwornen in die Vergangenheit zu lenken. Als solche besondere Vorrichtungen haben wir bereits kennen gelernt: die Rechtsregel „quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem“; die formulae in factum conceptae für Depositum und Commodat; sowie die actio de dolo. Ferner erinnere ich hier an die actio legis Aquiliae, wo der Blick des Geschwornen durch besondere Rechtsvorschrift auf die Zeit vor der Beschädigung gelenkt wurde [25]). Auch in Bezug auf die actio de servo corrupto wird besonders hervorgehoben [26]):

> Haec actio refertur ad tempus servi corrupti vel recepti, non ad praesens, — — praeteritae enim utilitatis aestimatio in hoc judicium versatur.

---

[25]) fr. 2 pr. fr. 27 § 5 ad leg. Aquil. 9, 2.

[26]) fr. 5 § 4, fr. 6 de servo corr. 11, 3.

Und daß die rei vindicatio auch auf die in der Vergangenheit gezogenen Früchte gerichtet werden kann, ist ein Satz des neuern Rechts [27]).

Endlich mag noch folgende auf das Aedilitische Edict bezügliche Stelle hierher gesetzt werden:

fr. 25 § 8 de aed. ed. 21, 1. — Ulp.

> Item sciendum est haec omnia, quae exprimuntur edicto aedilium, praestare eum debere, si ante judicium acceptum facta sint: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari (enumerare), ut si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur, ceterum post judicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in judicio versatur, et tam fructus veniunt quam id quo deterior factus est ceteraque veniunt: judici enim statim atque judex factus est omnium rerum officium incumbit, quaecumque in judicio versantur: ea autem quae ante judicium contingunt non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta.

Und das Auffallende in der oben angeführten Entscheidung des Cato bestand gerade darin: daß er sich selber seine Vorrichtung schuf, die ihn in den Stand setzte, sein Augenmerk in die Vergangenheit richten zu können.

Gegen den Satz: daß ein Römischer Geschworner sich um Dinge, die sich vor der Litiscontestation zugetragen hatten — von Haus aus an sich nicht zu kümmern hatte, möchte man übrigens folgenden Einwand erheben wollen. Man möchte vielleicht sagen: wo es sich um Obligationen handelte, fiel deren Abschluß doch allemal vor die Litiscontestation. Allein in dieser Beziehung hatten die Formeln für die gutgläubigen Obligationen in ihrer Demonstratio gerade eine Vorrichtung, die das Augenmerk des Geschwornen auf die Vergangenheit lenkte, und die z. B. bei der formula in jus concepta depositi so lautete: Quod Aulus Agerius aput Numerium Negidium mensam argenteam deposuisset [28]). Und was die strengrechtlichen Obligationen anbetrifft, so muß die Intentio „Si paret rem, oder centum,

---

[27]) Vgl. Ihering, Geist des Röm. Rechts, Bd. III, S. 31, 179.
[28]) Gaj. IV, 47.

dare oportere“ ausgereicht haben. Vielleicht war indes die Stipulation am 21. Juli abgeschlossen, während es erst am 21. August zur Litiscontestation kam? Gleichwohl war am 21. August nicht minder wahr, als am 21. Juli: daß centum oder res gegeben werden mußte. Aber wenn nun vor der Litiscontestation eine Zahlung erfolgt war, die mußte der Römische Geschworene doch berücksichtigen? Ganz gewiß nicht! Denn diese Zahlung wirkte ipso jure [29]). Diese Zahlung mußte also vor dem Prätor geltend gemacht werden, der dann die Formel zu versagen hatte, wenn er fand: daß es mit der Zahlung seine Richtigkeit hatte [30]).

Wenn es aber richtig ist, daß der dolus praeteritus den Römischen Geschwornen bei den gutgläubigen Obligationen ursprünglich nicht kümmerte, so muß dasselbe von der culpa praeterita, als dem geringeren Grade der Haftung, gelten. Und wenn Cicero de officiis III. 15 § 61 uns belehrt, daß der Römische Geschworne in Folge der Worte ex fide bona den dolus nach der Litiscontestation zu berücksichtigen habe; so werden wir daraus entnehmen können, daß er sich auch in dieser Beziehung um culpa ursprünglich nicht zu kümmern hatte.

Darnach wäre denn die Entwicklung bei den gutgläubigen Obligationen die gewesen: daß erst der Contractsdolus entstand, an den sich dann im Laufe der Zeit die Contractsculpa, als der geringere Grad der Haftung, angesetzt haben wird.

Ob übrigens dolus und culpa von Haus aus Grade eines und desselben Gattungsbegriffes waren; ob nicht vielmehr beiden Begriffen ursprünglich eine ganz verschiedene Anschauung zu Grunde lag: darauf werde ich noch zurückkommen.

Sehen wir uns jetzt einmal wieder unser jus jurandum in litem an. Ulpian sagt in Bezug auf dasselbe fr. 4 § 4 de in lit. jur. 12, 3.

> Ex culpa autem non esse jus jurandum deferendum constat, sed aestimationem a judice faciendam.

Und ebenso Paulus in fr. 2 de in lit. jur. 12, 3.

> Interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non resti-

---

[29]) Gaj. III, 168; § 47 de inutil. stip. 3, 19.

[30]) Siehe über die Bedeutung von ipso jure Bd. I, S. 361, 362.

tuentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor.

Ferner Marcian in fr. 3 § 3 eodem.

Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam: haec enim judex aestimat.

Also eine Voraussetzung des jus jurandum in litem war noch in späterer Zeit Dolus des Beklagten. Nun hatte aber der Römische Geschworne bei den gutgläubigen Obligationen ursprünglich sich nur um Dolus, nicht um Culpa zu bekümmern. Es gab also in alter Zeit gar keine Fälle, wo eine aestimatio a judice facienda eintrat: alles besorgte hier das jus jurandum in litem.

Jetzt wird uns die alte Rechtsregel in fr. 3 § 2 Comm. noch verständlicher. Den Gegensatz der gutgläubigen und strengrechtlichen Obligationen können wir für die alte Zeit auf Grund der obigen Betrachtungen jetzt so ausdrücken: bei den strengrechtlichen Obligationen hat der Römische Geschworne in den Werth zu verurtheilen, den die Sache zur Zeit der gegenseitigen Streitgegenstandsbezeugung hatte; bei den gutgläubigen Obligationen hingegen in den Werth, den der Kläger beschwur. Die Thätigkeit des Römischen Geschwornen bei den gutgläubigen Obligationen bestand also in alter Zeit lediglich darin, zu untersuchen: ob der Kläger zum Schwur zuzulassen sei. Und daß er ihn nur beim Dolus des Beklagten schwören ließ, zeigte ihm das ex fide bona in den Formeln an.

Welches war denn der Inhalt dieses jus jurandum in litem? Was sollte der Kläger beschwören? Den Werth der Sache zur Zeit, wo das Urtheil zu sprechen.

Also auch den Werth der Früchte, wenn inzwischen nach der Litiscontestation welche gezogen waren. Aber wenn nun die Sache inzwischen vom Beklagten doloser Weise vernichtet war? In diesem Falle kam der Kläger gleichfalls zum Schwur. Es wurde also nicht bloß die Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, in Betracht gezogen. Deshalb ist es nicht bloß einseitig, sondern geradezu unrichtig, wenn man den Gegensatz zwischen gutgläubigen und strengrechtlichen Obligationen in der hier fraglichen Beziehung bloß so angibt: daß bei den einen auf den Zeitpunkt der Litiscontestation, bei den andern auf den, wo das Urtheil zu sprechen, gesehen werde. Auch wenn die Sache zur Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, gar nicht mehr vorhanden, sondern doloser Weise vernichtet war, kam es zum jus jurandum in litem.

In diesem jus jurandum in litem haben wir den Keim des Interessebegriffes zu suchen. Dasselbe war in seinem Ursprunge ein sehr roher und einfacher Rechtsbegriff. Denn daß eine Schätzung, die der Kläger selber vornahm, sehr zu seinen Gunsten ausfallen werde: leuchtet leicht ein, und wird auch durch viele Stellen bestätigt [31]). Dafür war aber auch die Sache sehr einfach abgethan: es bedurfte nur eines Eides, keines weitläufigen Beweisverfahrens, das in die alte Zeit auch gar nicht gepaßt hätte.

Der weitere Verlauf ist dann der gewesen, daß man das jus jurandum in litem mehr und mehr einengte, und ihm in der aestimatio a judice facienda ein Gegengewicht schuf.

Den Gegensatz zwischen strengrechtlichen und gutgläubigen Obligationen in der hier fraglichen Beziehung können wir jetzt auch so ausdrücken: die strengrechtlichen Obligationen gehen auf ein certum, wie es zur Zeit der Litiscontestation vorhanden ist; die gutgläubigen hingegen sind auf's Interesse angelegte Obligationen.

Und wenn wir uns jetzt nur an den Satz erinnern wollen, daß das jus jurandum in litem bei Geldobligationen ausgeschlossen war „cum certa sit nummorum aestimatio" [32]), so wird uns klar, was wir bereits früher fanden [33]): weshalb die gutgläubigen Obligationen sofern sie auf Geld gingen, nicht zu den auf's Interesse angelegten Obligationen gehörten.

Ebenso wird uns jetzt verständlich, wie man es möglich machte, einen Geschwornen, der bisher vielleicht nur in ein certum verurtheilt hatte, das zur Zeit der Litiscontestation bereits feststand, zu veranlassen, in ein incertum zu verurtheilen: man ließ dieses incertum durch Eid des Klägers in eine bestimmte Geldsumme verwandeln.

Ihering [34]) hat sehr gut nachgewiesen: daß das ältere Römische Recht den spätern Interessebegriff noch gar nicht kennt. Auf die Frage: wie denn das ältere Recht den natürlichen Anspruch eines jeden Verletzten auf das Interesse befriedigt habe? erhalten wir dann die Antwort: auf indirectem Wege durch Zuwendung eines Aversionalquantums, nicht aber auf directem durch Zulassung der Liquidation des-

[31]) Vgl. z. B. fr. 1, fr. 4 § 2, 3 de in lit. jur. 12, 3.

[32]) fr. 3 de in lit. jur. 12, 3.

[33]) Band I § 14, S. 139—141.

[34]) Geist des Römischen Rechtes, II. Band, erste Auflage, S. 110 – 120, zweite Auflage, S. 102—112.

selben. Und derartige Aversionalquanta lieferte namentlich die Conventionalstrafe und das alte Verdoppelungssystem. Das ist alles sehr richtig. Andererseits ist aber ein Aversionalquantum noch immer ein certum. Auf diese Weise sind wir also noch nicht vom certum losgekommen. Auf diese Weise ist noch nicht erklärt: wie sich der Uebergang vom certum zum incerten Interessebegriffe vollziehen konnte. Dieser Uebergang wurde eben durch das jus jurandum in litem vermittelt, das auf dem Gebiete der gutgläubigen Obligation, wie der spätere Verlauf zeigt, dazu gedient hat: eine Liquidation des Schadens, wenngleich noch in sehr roher Weise, zu ermöglichen.

Die gutgläubige Obligation, soweit sie für uns hier in Betracht kommt, entwickelte sich demnach in folgender Weise. Es war eine von Haus aus auf jus jurandum in litem bezw. Interesse gestellte Obligation. Die Größe des Vermögensunterschiedes hatte der Kläger zu beschwören. Der Geschworne ließ ihn aber nur unter der Voraussetzung zu diesem Eide zu, wenn die Sache entweder zur Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, noch vorhanden war, oder der Beklagte dolose gehandelt hatte.

Einen ganz andern Zuschnitt hingegen hatte die strengrechtliche Obligation. Hier verurtheilte der Geschworne in ein certum, wie es zur Zeit der Litiscontestation bereits feststand.

Als nun die Veteres mit culpa und Mahnung die Wirkung der Obligationsverlängerung verknüpften, nahmen sie bei dieser strengrechtlichen Obligation einfach folgende Operation vor: sie lenkten das Augenmerk des Geschwornen von dem Zeitpunkte der Litiscontestation weg auf den Zeitpunkt der Mahnung, bezw. Culpa.

Diese Operation ließ sich aber bei der gutgläubigen Obligation so ohne weiteres nicht anbringen. Denn der Geschworne sollte den Kläger ja nur dann zum Eide zulassen, wenn dies ex fide bona geschehen konnte. Also nicht, wenn die Sache nach der Litiscontestation zufällig zu Grunde gegangen; und noch viel weniger, wenn dies nach der Mahnung geschehen war.

Hier hat sich die Sache erst allmählich, und zwar in folgender Weise entwickelt:

Labeo kennt die Obligationsverlängerung noch nicht bei der Obligation des Verkäufers, wie sich aus fr. 17, de per. et comm. 18, 6, und fr. 51 pr. A. E. V. 19, 1, ergibt, was freilich erst in einem andern Zusammenhange klar werden kann[35]).

[35]) Vgl. unten § 86.

Beachtung verdient ferner folgende Aeußerung von Pedius in

fr. 31, § 13, de aed. ed. 21, 1. — Ulpianus.

Sed hoc dicemus, si ante judicium acceptum decessit: ceterum si post judicium acceptum decessisse proponatur, tunc in arbitrium judicis veniet, qualiter mortuus sit: ut enim et Pedio videtur, ea, quaecumque post litiscontestationem contingunt, arbitrium judicis desiderant.

Die Stelle bezieht sich auf die actio redhibitoria. Das Edict der Aedilen schrieb vor[36]): si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve ejus factum erit — — ut ea omnia restituat. Dies verstand man so, daß damit auch die culpa des Käufers u. s. w. hatte getroffen werden sollen[37]). Nun erörtert Ulpian in den der ausgeschriebenen Stelle vorhergehenden §§ 11 und 12: welcher Art diese culpa sein müsse — und der Sinn unseres § 13 ist dann: daß nach der Litiscontestation das Ermessen des Römischen Geschwornen ein noch freieres sei, wofür sich auf Pedius berufen wird.

Freilich haben wir es hier mit einer actio redhibitoria zu thun, ferner mit einer culpa auf Seiten des Klägers. Wenn sich aber in dieser Beziehung die Sache so entwickelte: daß das Ermessen des Geschwornen nach der Litiscontestation ein freieres war — warum sollte es bei gutgläubigen Obligationen, so weit es sich um die culpa des Beklagten handelte, anders gewesen sein? So weit sich daher im Laufe der Zeit an den dolus praeteritus eine culpa praeterita ansetzte; so weit wird der Römische Geschworne bei den gutgläubigen Obligationen auch die culpa nach der Litiscontestation in Betracht gezogen haben; am Ende wies er gar den zufälligen Untergang nicht so ohne weiteres von der Hand.

Daß dies keine bloße Vermuthung, sondern die Sache sich in Wirklichkeit so entwickelt hat, zeigen folgende Stellen.

fr. 14, § 1, Depositi 16, 3. — Gajus.

Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede ejus et sua natura res ante rem judicatam interciderit, veluti si homo mor-

---

36) fr. 1 § 1 de aed. ed. 21, 1.

37) fr. 25 § 5 de aed. ed. 21, 1.

tuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.

Sabinus und Cassius stellen hier freilich noch als Regel hin, daß der mit der actio depositi Belangte nach der Litiscontestation nicht für Zufall hafte; sie fügen indes hinzu: jedenfalls wenn die Sache auch beim Kläger zu Grunde gegangen wäre. Sie werden also für den entgegengesetzten Fall schon bedenklich.

Daß Gajus die Ansicht des Sabinus und Cassius getheilt hat, kann nicht wohl zweifelhaft sein, obwohl v. Savigny[38]) in dieser Beziehung anderer Meinung ist.

Weiter ging Pomponius in fr. 12, § 3, Depositi 16, 3.

Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post judicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo (ex) die, quo depositi actum sit, periculo ejus apud quem depositum fuerit est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit.

Pomponius nimmt hier also geradezu die Analogie der condictio auf res certa zu Hülfe, und sagt, daß ebenso auch bei einer actio depositi der Beklagte nach der Litiscontestation für Zufall aufkommen müsse, wenn ihm zu dieser Zeit die Leistung möglich war.

Pomponius ging indes nicht so weit, daß er diese Haftung für Zufall auch schon an die Mahnung geknüpft hätte. Dies ersehen wir theils daraus, daß er in obiger Stelle die Haftung für Zufall erst nach der Litiscontestation eintreten läßt, theils aus folgender Stelle: fr. 16 de cond. furtiva 13, 1. — Pomp.

Qui furtum admittit vel re commodata vel deposita utendo condictione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod etiamsi sine dolo malo et culpa ejus interierit res, condictione tamen tenetur, cum in commodati actione non facile ultra culpam et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.

Pomponius sagt hier: abgesehen vom furtum hafte weder der

---

[38]) System, Band 6, S. 175, 176.

Commodatar noch der Depositar leicht für Zufall. Wäre er aber der Ansicht gewesen, daß beide schon durch einfache Mahnung für Zufall verantwortlich würden, so hätten Fälle dieser Art sehr leicht vorkommen können.

So ist es denn kein bloßer Zufall, wenn wir bei den gutgläubigen Obligationen erst verhältnismäßig spät und auch nur sehr vereinzelt die Haftung für Zufall als Folge der Mahnung angegeben finden. Wir haben es hier in der That mit einer erst verhältnismäßig späten Rechtsentwicklung zu thun.

Paulus ist der erste Römische Rechtsgelehrte, welcher uns diesen Rechtssatz bezeugt [39]). Und die Annahme: daß Paulus diesen Rechtssatz erst aufgebracht haben sollte — ist mindestens nicht unwahrscheinlich [40]). Jedenfalls hat sich diese Entwicklung erst nach Pomponius vollzogen.

§ 65.

Die Obligationsverlängerung. — Fortsetzung.

Blicken wir jetzt wieder auf den Inhalt des vorigen Paragraphen zurück. Wir sahen: das Römische Recht hat in einem gewissen Umfang mit der Mahnung die unbedingte Haftung für Zufall verknüpft. Ueber diesen Satz ist indes die nachrömische Wissenschaft eigentlich nie recht zur Ruhe gekommen [1]). Bereits der Glossator Martinus [2]) griff ihn an; und v. Madai, obwohl er selber anderer Ansicht, sieht sich doch auf Grund seiner literargeschichtlichen Untersuchungen zu dem Ausspruche genöthigt [3]):

„Aus dieser Geschichte der Controverse ergibt sich, daß die Ansicht des Glossator Martinus fast zu einer opinio communis geworden, und auch in unserer Zeit von den gewichtvollsten Autoritäten unterstützt werde.“

---

39) Siehe oben § 63 a. E. S. 17, 18.

40) Vgl. noch unten § 75.

1) Siehe die literargeschichtlichen Nachweise bei v. Madai, Mora, S. 289 fgg.

2) Glosse ad legem 14 § 1 Depositi s. v. interitura esset. Haenel, dissensiones dominorum, § 23 pag. 138, 139.

3) a. a. O. S. 296.

v. Madai selber stellt den Satz auf [4]):

„Daß vielmehr in Folge der durch die Mora eintretenden perpetuatio obligationis der Debitor schlechthin das periculum zu tragen hat, ohne Rücksicht darauf, ob die Sache auch beim Creditor zu Grunde gegangen sein, und ob derselbe sie veräußert haben würde, oder nicht.“

Ihm sind gefolgt Schilling [5]) und Fritz [6]). Im übrigen hat v. Madai wenig Beifall gefunden. Namentlich haben sich gegen ihn auch erklärt: Wolff [7]), v. Savigny [8]), v. Vangerow [9]), Sintenis [10]), Puchta [11]), Windscheid [12]), Mommsen [13]), Cohnfeldt [14]).

Ehe ich diese Frage vom Standpunkt des heutigen Rechts erörtere, sei mir gestattet, mein Urtheil über die Entwicklung abzugeben, welche das Römische Recht in dieser Beziehung genommen hat.

Es kann nicht meine Absicht sein, die Verdienste der Römischen Wissenschaft irgendwie geringschätzen zu wollen. Mahnung, Contractsculpa, Interesse: das sind alles Dinge, welche die Römer erst geschaffen haben, und die ihnen nicht von anderswoher überkommen sind. Wir bewegen uns hier fortwährend in den großartigsten Schöpfungen, die ihres Gleichen suchen. Auch das jus jurandum in litem verdiente unsere Aufmerksamkeit, weil es uns zeigte, wie man es schon in alter Zeit verstanden hat, durch dasselbe, so gut oder schlecht es nun gehen wollte, dem Interessebegriff Eingang zu verschaffen. Und selbst unsere Obligationsverlängerung verräth nicht minder deutlich das Gepräge Römischer Genialität. Man betrachte sich doch einmal eine Obligation auf certa res und denke sich die Mahnung wie die Contractsculpa weg. Sieht sie nicht so starr und steif aus, als ob sie für dergleichen

---

[4]) a. a. O. S. 305, 306.

[5]) Richter's Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, Jahrgang 1838, S. 253, 254.

[6]) Erläuterungen, Band II, S. 259 fgg.

[7]) Mora, S. 461 fgg.

[8]) System, Band VI, S. 170 fgg.

[9]) Pandekten, Band III, § 588, Anm. 3.

[10]) Pandekten, Band II, § 93, Text bei Anmerkung 44 und Anm. 44.

[11]) Pandekten, § 268.

[12]) Pandekten, Band II, § 280.

[13]) Mora, S. 183 fgg.

[14]) Die Lehre vom Interesse, S. 196 fgg.

Dinge völlig unzugänglich wäre? Gleichwohl haben die Römer es verstanden, beides hier anzubringen; und zwar, worin sich die echte Genialität zeigt, durch das einfachste Mittel von der Welt: sie verlegten das Augenmerk des Geschwornen von der Litiscontestation auf einen früheren Zeitpunkt.

Das alles erkenne ich bereitwillig an; aber andererseits bin ich ebenso wenig blind gegen die Schwächen des Römischen Rechtes. Allerdings war die Obligationsverlängerung ihrer Zeit eine geniale Schöpfung. Ich will es den Römern auch keineswegs verargen, daß sie dieselbe auf ihrem Ursprungsgebiete, und namentlich dem der Stipulatio auf res certa beibehalten haben. Sie hatten sich einmal an die Obligation auf res certa gewöhnt; und hätten sie auf dieselbe in ähnlicher Weise den Interessebegriff übertragen, wie sie diesen bei den gutgläubigen Obligationen zur Anwendung brachten, so wäre ihre Obligation auf res certa in dieser Beziehung incert geworden. Das also mache ich den Römern keineswegs zum Vorwurfe; wohl aber, daß sie die Obligationsverlängerung auf die gutgläubigen Obligationen hinübergenommen haben.

Die gutgläubigen Obligationen auf Sachen waren von Haus aus auf's Interesse angelegt. Die Römer hätten sich darauf beschränken müssen: diesen Begriff, der anfangs ziemlich roh auftrat, in jeder Beziehung zu vervollkommnen; und von demselben die Obligationsverlängerung, die gar nicht dazu paßte, fern zu halten. Diesen Punkt hat die nachrömische Wissenschaft ganz richtig herausgefühlt, indem sie sich über die unbedingte Haftung des gemahnten Schuldners für Zufall nie recht hat beruhigen können.

Es war eine Abirrung vom rechten Wege, als die Römer die Obligationsverlängerung auf die gutgläubigen Obligationen übertrugen; und ebenso als sie bei Fideicommissen die unbedingte Haftung für Zufall für eine Folge der Mahnung erklärten.

Unsere Aufgabe würde es demzufolge nur sein können: diese Entwicklung, die das Römische Recht genommen hat, wieder rückgängig zu machen, falls sich uns hierzu Handhaben darbieten sollten. Und zu einem solchen Rückgängigmachen fehlt uns um so weniger die Berechtigung, als das Corpus juris in der hier fraglichen Beziehung in der That Widersprüche enthalten dürfte.

Mommsen[15]) hat vorzugsweise auf folgende Stellen Gewicht gelegt:

[15]) a. a. O. S. 188 fgg.

fr. 47, § 6, Leg. I. Ulpianus.
fr. 14, § 11, i. f. Q. M. C. 4, 2. — Ulp.
fr. 15, § 3, R. V. 6, 1. — Ulp.
fr. 40, pr. H. P. 5, 3. — Paul.
fr. 20, § 21, H. P. 5, 3. — Ulp.

Allein von allen diesen Stellen bezieht sich nur eine einzige, nämlich die erste, auf unsere Mahnung, und diese will auch noch nicht einmal viel bedeuten. Sie lautet:

> Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

Also der Erbe soll nach der Mahnung für Zufall haften, denn der Legatar hätte ja verkaufen können.

Hier ist demnach die unbedingte Haftung für Zufall anerkannt. Die Begründung ist nur insofern psychologisch interessant, als sie zeigt, wie tief bereits zu Ulpian's Zeit der Interessebegriff in die Anschauungsweise der Römischen Rechtsgelehrten eingedrungen war: versucht doch Ulpian sogar die Obligationsverlängerung, die auf einem ganz andern Grundgedanken beruhte, sich vom Interesse-Standpunkt aus zurecht zu legen.

Die übrigen Stellen beziehen sich sämmtlich auf den bösgläubigen Besitzer. Dahin gehört auch das von Mommsen, S. 185, in Bezug genommene fr. 12, § 4, ad exh. 10, 4. Wenigstens stellte Paulus, von dem die Stelle herrührt, für den gutgläubigen Besitzer anderswo mildere Grundsätze auf [16]. Auf alle Fälle hat auch diese Stelle mit unserer Mahnung nichts zu schaffen. Denn einentheils handelt sie von Wirkungen der Litiscontestation; anderseits war die actio ad exhibendum eine Klage, die größtentheils nach den Regeln der Eigenthumsklage beurtheilt wurde [17]. Und wenn dieselbe heutzutage meistens im Obligationenrecht abgehandelt wird [18], so dürfte das schwerlich ihr richtiger Platz sein [19]. Denn wenn ich von jemand z. B. kraft meines Eigenthumsrechtes Vorzeigung einer Sache ver-

---

[16]) fr. 40, pr. H. P. 5, 3.

[17]) Vgl. v. Savigny, System, Bd. VI., S. 181.

[18]) Vgl. z. B. Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 474; v. Vangerow, Pandekten, Bd. III., § 707.

[19]) Vgl. unten § 87.

langen kann, so ist das nicht minder ein dinglicher Anspruch, als wenn jemand mir gegenüber kraft meines Eigenthumes zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist.

Von den fraglichen Stellen sind übrigens fr. 14, § 11, Q. M. C. 4, 2.

> sed etsi non culpa ab eo quo cum agitur aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus.

und fr. 15, § 3, R. V. 6, 1.

> Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique ajunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus.

die bedeutendsten. Nach beiden soll der bösgläubige Besitzer nicht unbedingt für Zufall haften.

Daß auch fr. 14, § 11, Q. M. C. sich auf einen bösgläubigen Besitzer bezieht, ergeben die Worte: et nihilominus in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio ad eum recipiendum integra ei qui vim passus est servabitur. Denn darnach war ja das Eigenthum beim Bezwungenen geblieben. Wir haben also diese Stelle von einer Gewaltthat zu verstehen, die den Betroffenen nur thatsächlich[20]) um seinen Sclaven brachte, ihm aber keineswegs etwa das Eigenthum nahm.

Freilich beziehen sich beide Stellen nicht auf unsere Mahnung. Allein es wäre doch eine Disharmonie, wenn es Fälle gäbe, wo nicht einmal ein bösgläubiger Besitzer unbedingt für Zufall zu haften brauchte, während dies für den gemahnten Schuldner gelten würde.

Dazu kommen nun fr. 12, § 3 und fr. 14, § 1 Depositi. Denn darnach machten weder Sabinus und Cassius, noch Gajus, noch Pomponius den gemahnten Depositar für Zufall verantwortlich.

Endlich wäre folgende Stelle zu beachten.

fr. 36, § 2, de usufr. 7, 1. — Africanus.

> Usus fructus servi Titio legatus est: cum per heredem staret, quominus praestaretur, servus mortuus

---

[20]) Vgl. fr. 9, pr. § 2, Q. M. C. 4, 2, und dazu Schliemann, die Lehre vom Zwange, S. 38—40, und Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 462.

est: aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit moram factam non esse, ut scilicet ex eo tempore in diem, in quo servus sit mortuus, usus fructus aestimetur.

Hier ist der Sclave, an dem der Nießbrauch vermacht war, nach der Mahnung gestorben. Gesetzt, der Nießbrauch sei auf zehn Jahre vermacht, während der Tod des Sclaven ein Jahr nach der Mahnung erfolgte. Ginge man hier davon aus, daß der gemahnte Erbe unbedingt für Zufall hafte, so müßte er in einem solchen Falle den Werth eines zehnjährigen Nießbrauches erstatten. African betrachtet die Sache aber vom Interesse-Standpunkt aus, und gelangt demzufolge zu dem Ergebnis, daß nur der Werth eines einjährigen Nießbrauches zu ersetzen wäre. Auf eine Verkaufsmöglichkeit wird keine Rücksicht genommen. African rechnet vielmehr nur aus, was der Legatar gehabt, wenn er behalten hätte.

Diese Entscheidung wird African um so leichter geworden sein, als derselbe ebenso wie anderswo Ulpian eine Stipulation eines Ususfructus an einem bestimmten Grundstück [21]), ein Legat eines Ususfructus an einem bestimmten Sclaven für ein incertum gehalten haben könnte. Ferner scheint ein Nießbrauch gerne in Form eines legatum sinendi modo vermacht zu sein [22]); ein solches Legat war aber stets incerter Natur, weil hier die Formel eine incerte Intention hatte [23]). Außerdem haben bereits die Römischen Juristen, soviel unsere Mahnung angeht, das Nießbrauchslegat, als solches, entwickelt, ohne auf die Form, in welcher der Nießbrauch legirt war, allzu großes Gewicht zu legen [24]).

So haben wir denn hier einen Fall, wo der gemahnte Schuldner bei einer auf's Interesse angelegten Obligation nicht unbedingt für Zufall haftet.

Diesem allem zufolge liegt die Sache so. Eine Reihe von Stellen spricht für die Obligation auf res certa die unbedingte Haftung des gemahnten Schuldners für Zufall aus. Diese Stellen kümmern uns heutzutage nichts mehr. Allein diese Wirkung der Mahnung wird auch in drei Stellen für die Verpflichtung des Verkäufers, in zwei

[21]) fr. 75, § 3, V. O. 45, 1.

[22]) Vgl. fr. 2 de ann. leg. 33, 1; fr. 14 de usu et usufr. leg. 33, 2.

[23]) Gaj. II., 213.

[24]) Vgl. unten § 86.

Stellen für die Verpflichtung des Ehemannes zur Herausgabe der Mitgift, und in zwei Stellen für Fideicommisse ausgesprochen.

Dem gegenüber stehen zwei Stellen, wonach der gemahnte Depositar nicht für Zufall haften soll, und eine Stelle, wo bei einer auf's Interesse angelegten einseitigen Obligation die Haftung für Zufall vom Interesse-Gesichtspunkt aus aufgefaßt wird.

Außerdem ist zu beachten, wie wir sogleich sehen werden: daß es mit den drei Stellen, welche sich auf die Verpflichtung des Verkäufers beziehen, seine besondere Bewandtnis hat, und die hier getroffene Entscheidung auch neben dem Interesseprincip ihre Berechtigung behält.

Bei diesem Stande der Quellen sind verschiedene Wege möglich.

Entweder wir halten an beiden Principien, sowohl der Obligationsverlängerung wie dem Interessebegriff, fest; und bemühen uns, das Gebiet beider abzugrenzen. Allein weil es hier für zwei Principien an jedem innern Grunde fehlt, würde jede Abgrenzung das Gepräge der Willkür in sich tragen, und nur zu einer Reihe höchst unerquicklicher und unfruchtbarer Streitfragen die Veranlassung abgeben.

Oder wir entscheiden uns für das eine oder das andere Princip.

Die Obligationsverlängerung, einst eine geniale Schöpfung altrömischer Wissenschaft, paßt nicht mehr für die Gegenwart. Der Interessebegriff hingegen ist das Recht, das mit uns geboren. Ich entscheide mich für dieses Recht.

Und so hätte ich denn nun vom Interesse-Gesichtspunkt aus die Frage zu erörtern, in wie fern ein gemahnter Schuldner für Zufall hafte.

Denken wir uns zunächst eine einseitige Obligation: der gemahnte Schuldner sei Commodatar oder ein mit einem Vermächtnis Belasteter. Ein solcher Schuldner wird an sich frei, wenn er beweist, daß die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen sei[25]). Dieser Einrede des Schuldners kann aber im Falle einer Mahnung der Gläubiger folgende Replik entgegensetzen: der Zufall würde ihn nicht getroffen haben, wenn die Mahnung rechtzeitig beachtet wäre; und diese Replik hat nöthigenfalls der Gläubiger zu beweisen.

Hierbei ist indes ein doppelter Standpunkt möglich: entweder man geht davon aus, daß der Gläubiger behalten hätte, oder verkauft hätte. Also entweder: der Unfall hätte die Sache beim Gläubiger nicht betroffen — oder: der Unfall hätte den Gläubiger nicht getroffen, weil er inzwischen die Sache schon wieder verkauft hätte.

---

[25]) Vgl. fr. 9, § 4, Loc. 19, 2; c. 5 C. de pign. act. 4, 24.

Dagegen scheidet die bloße Verkaufsmöglichkeit gänzlich aus. Eine Verkaufsmöglichkeit ist immer vorhanden. Wer also eine Verkaufsmöglichkeit schon für ausreichend hält, läßt den gemahnten Schuldner unbedingt für Zufall haften, nur daß er dem Dinge ein anderes Gewand umhängt.

Wenigstens kann man seine Sachen doch immer zum Auctionspreise verkaufen. Der Auctionspreis müßte also dem Gläubiger auf alle Fälle werden. Von einer Beweisauflage könnte nur da die Rede sein, wo eine vortheilhaftere Verkaufsgelegenheit versäumt wurde. Für den Interessebegriff reicht aber weder die eine noch die andere Möglichkeit aus. Was nützt die bloße Verkaufsgelegenheit, wenn der Gläubiger sich doch nicht zum Verkaufe entschlossen hätte; der Unfall würde ihn ja gleichwohl betroffen haben. Der Interessebegriff verlangt, daß der Gläubiger verkauft hätte.

Also nur das kann in Betracht kommen, ob der Gläubiger behalten oder verkauft hätte. Es ist nicht gerade gesagt, daß der letztere Standpunkt immer der günstigere sei; aber jedenfalls ist er in den Fällen günstiger, wo der Zufall, wenn der Gläubiger behalten, ihn gleichfalls betroffen hätte. Da nun der Gläubiger nachzuweisen hat, daß der Zufall ihn nicht getroffen, so muß er in diesem Falle auch darthun, daß er verkauft hätte.

Diese Replik des Gläubigers, daß er verkauft hätte, ließe sich aber möglicherweise durch folgende Duplik entkräften: du sagst, du hättest verkauft; allein das Thier ist an einem Fehler gestorben, der schon zur Zeit der Mahnung vorhanden war; also hättest du auch verkauft, so würde dir doch dein Kaufpreis mit der actio redhibitoria wieder abgeholt sein[26]). Diese Duplik hat nöthigenfalls der Schuldner zu beweisen.

Uebrigens wird die Sache hier häufig so liegen, daß es weitläufiger Beweise gar nicht bedarf. Z. B. die geliehene Sache ist beim gemahnten Schuldner verbrannt; beim Gläubiger würde sie vom Brande nicht betroffen sein. Andererseits setze man: das geliehene Reitpferd sei an einem innern Fehler gestorben, der ebensogut beim Gläubiger zum Ausbruch gekommen wäre.

Diese für einseitige Obligationen gefundenen Sätze lassen sich auf Leistungen, denen eine Gegenleistung entsprechen soll, da leicht anwenden,

---

[26]) Vgl. fr. 38, § 3; fr. 47, § 1; fr. 48, pr. de aed. ed. 21, 1.

wo zufälliger Untergang an sich auch die Gegenleistung aufhebt. Es hat z. B. Jemand ein Pferd gemiethet; stirbt dies, so ist der Vermiether frei, bekommt aber auch keine Miethe[27]). Wenn nun aber der Vermiether eine Mahnung unbeachtet gelassen, und der Tod des Pferdes beim Miether nicht eingetreten wäre, z. B. der Pferdestall des Vermiethers mit allem Vieh sei aufgebrannt? Dann steht nichts im Wege, daß der Miether sein Interesse geltend macht. Nur muß hier bei Ermittelung des Vermögensunterschiedes darauf Bedacht genommen werden, daß der Miether eine Gegenleistung hätte machen müssen: diese Gegenleistung ist also in Abzug zu bringen.

Was fangen wir aber mit den Leistungen an, wo trotz zufälligen Unterganges der Anspruch auf die Gegenleistung von Bestand bleibt? Dies nahmen die Römer z. B. beim Kaufe an. Trotz Unterganges der verkauften Sache sollte der Anspruch auf den Kaufpreis von Bestand bleiben[28]).

Auch hier läßt sich unser Interessebegriff jedenfalls dann anbringen, wenn der Gläubiger verkauft hätte. Z. B. ein Viehhändler hat sich Schweine von einem Gutsbesitzer gekauft. Nach der Mahnung brennt das Schweinehaus ab. Der Viehhändler würde in Hamburg verkauft haben, wenn der Gutsbesitzer rechtzeitig geliefert hätte. Hier geht der Gutsbesitzer nicht bloß seines Kaufpreises verlustig, sondern muß auch dem Viehhändler bezahlen, was dieser auf die Schweine in Hamburg verdient hätte.

Wie wird es indes in den Fällen, wo nach der Mahnung ein Zufall eintrat, welcher den Gläubiger gleichfalls betroffen hätte? Kann hier der Verkäufer etwa sagen: allerdings ist die Sache nach der Mahnung zu Grunde gegangen, da aber der Zufall dich auch betroffen, bitte ich mir gleichwohl den Kaufpreis aus?

Eine Bejahung dieser Frage scheint unser Rechtsgefühl zu verletzen, und doch würde man auf Grund des Interessebegriffes dahin gelangen müssen.

Allein an dieser Verletzung unseres Rechtsgefühles ist weniger der Interessebegriff schuld, als vielmehr der Umstand, daß wir diesen

---

27) fr. 9, § 1, § 4; fr. 19, § 6; fr. 30; fr. 33, Loc. 19, 2.

28) § 3, J. de emt. et vend. 3, 23; fr. 34, § 6, C. E. 18, 1; fr. 5, § 2, de rescind. vend. 18, 5; fr. 8, pr. de per. et com. 18, 6; fr. 14, 15, J. D. 23, 3; c. 4, 5, 6, C. de per. et com. 4, 48.

Begriff hier mit einem ungesunden Rechtssatz in Verbindung gebracht haben.

Die Vorschrift des Römischen Rechts, daß der Käufer den Kaufpreis auch dann zahlen solle, wenn die verkaufte Sache vor der Tradition zu Grunde gegangen, ist im hohen Grade unnatürlich. Die Römer werden in der Weise zu diesem Satze gekommen sein, daß sie sich die Obligation des Verkäufers und des Käufers beide in ihrer Vereinzelung dachten. War demnach die verkaufte Sache zu Grunde gegangen, so war allerdings die eine Obligation des Verkäufers erloschen; die auf Geld gehende Obligation des Käufers war aber hiervon nicht berührt worden, denn genus non perit [29]).

Diese Unnatürlichkeit wird nun durch den Rechtssatz in etwas gemildert: daß der Käufer den Kaufpreis jedenfalls dann nicht zu zahlen brauche, wenn der Untergang der Sache nach der Mahnung erfolgte [30]). Und diese Milderung werden wir uns um so lieber gefallen lassen, als wir gar nicht einmal berechtigt sind, uns über die in Frage stehenden Stellen ohne weiteres hinwegzusetzen. Allerdings enthält das Corpus juris einen Widerspruch, sofern es sich um einseitige Obligationen handelt; allerdings betrachtet es hier die Haftung für Zufall, sowohl vom Standpunkte der Obligationsverlängerung, als des Interesse: was folgt aber daraus, selbst wenn wir auf dem bezeichneten Gebiete nur das Interesseprincip gelten lassen wollen, für unsere Frage? Es gibt sowohl gegenseitige Obligationen, wo zufälliger Untergang der zu leistenden Sache den Anspruch auf die Gegenleistung aufhebt, als wo dies nicht der Fall. Aus dem Begriffe der gegenseitigen Obligation, als solcher, folgt keineswegs, daß im angegebenen Falle der Anspruch auf die Gegenleistung aufrecht erhalten werde. Was steht also im Wege, die Mahnung in dieser Beziehung mit einer besondern Wirkung zu bedenken?

Hierzu wird uns folgende Betrachtung noch geneigter machen. Der Satz, daß der Käufer nicht nöthig habe, den Kaufpreis zu berichtigen, falls die verkaufte Sache nach der Mahnung untergegangen, wird sich aus der Obligationsverlängerung, welche die Mahnung bei der Obligation auf res certa hervorbrachte, entwickelt haben. Dies läßt sogar fr. 21 de her. vel act. vend. nicht undeutlich erkennen.

---

[29]) Vgl. Dernburg, Compensation, S. 75 fgg.

[30]) fr. 21, Her. vel act. vend. 18, 4; c. 4, 6, C. de per. et com. 4, 48.

Genau genommen handelt es sich hier aber gar nicht um eine Obligationsverlängerung. Denn diese würde gar nicht ohne weiteres zu dem Satze führen, daß der Käufer von Zahlung des Kaufpreises frei würde; sondern nur dahin, daß der Verkäufer den Werth der verkauften Sache zu ersetzen hätte, der sowohl kleiner wie größer, als der Kaufpreis sein könnte.

Es handelt sich hier also genau genommen gar nicht um eine Wirkung *unserer* Mahnung. Denn unsere Mahnung hat es lediglich mit Umgestaltung der Verpflichtung zu thun, auf deren Erfüllung sie gerichtet war. Wenn aber eine an den Verkäufer gerichtete Mahnung die Wirkung haben soll, daß Untergang der Sache ihn jetzt um seinen Kaufpreis bringt; so wird ja gar nicht die verkäuferische Verpflichtung, sondern nur die verkäuferische Berechtigung umgestaltet, bezw. aufgehoben. Den Einfluß zu schildern, welchen Nichtbeachtung der Mahnung von Seiten des Schuldners auf anderweitige Berechtigungen desselben habe, liegt aber an sich eben so sehr außerhalb meines Planes; wie hier nicht erörtert werden soll: welche anderweitige Berechtigungen eine Nichtbeachtung der Mahnung von Seiten des Schuldners für den Gläubiger zur Folge haben kann. Ich erinnere in dieser Beziehung z. B. an die Befugnis des Gläubigers, sich aus einem Pfande bezahlt zu machen[30]). Wenn ich nun gleichwohl von diesem Plane insofern hier abgewichen bin, als ich auch die Wirkung der an den Verkäufer gerichteten Mahnung in Bezug auf dessen Kaufgeldsforderung in Betracht gezogen habe: so findet dieser Umstand seine Erklärung in der geschichtlichen Entwicklung des betreffenden Rechtssatzes, darin: daß sich die fragliche Mahnungswirkung aus der Obligationsverlängerung entwickelt hat. Vom Standpunkte des heutigen Systems aus müssen wir aber diese Wirkung der Mahnung links liegen lassen.

Und dazu werden wir uns um so leichter entschließen, als diese Mahnungswirkung einen Rechtssatz zu ihrer Voraussetzung hat, der sich auf die Dauer schwerlich halten lassen wird. Man hat sich freilich viele Mühe gegeben, den Satz innerlich zu begründen: daß der Käufer den Kaufpreis auch dann zahlen müsse, wenn die gekaufte Sache vor der Tradition durch Zufall untergegangen sei[31]). Ich fürchte indes, daß aller Scharfsinn vergebens aufgewandt worden.

[30]) Vgl. Bd. I., S. 72.

[31]) Vgl. in dieser Beziehung für die neueste Zeit Regelsberger, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 13, S. 90–118, Stintzing in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 10, S. 197 fgg.

Ferner steht der betreffende Satz, wenn sich für ihn auch eine ganze Reihe Stellen beibringen lassen, doch keineswegs im Corpus juris so unumstößlich fest da. In dieser Beziehung kommen namentlich fr. 12 und 14 de per. et com. 18, 6 sowie fr. 33, Loc. 19, 2 in Betracht.

Anlangend die ersten beiden Stellen, so meint freilich v. Vangerow[32]):

„im Fall der L. 12 cit. hat der Käufer nicht bestimmte Betten in specie gekauft, sondern vielmehr eine Anzahl von Betten bei dem Tischler bestellt, und auch in L. 14, § 1, cit. ist von einer materia in genere emta die Rede."

Das sind indes alles ganz willkürliche Suppositionen: weder von einem Genuskaufe, noch von einem Bestellen der Betten, noch von einem Tischler ist in den betreffenden Stellen die Rede, sondern ganz allgemein von lecti emti und materia emta; und ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere.

In Bezug auf die dritte Stelle heißt es bei v. Vangerow, a. a. O.:

„und in L. 33 cit. muß wohl vorausgesetzt werden, daß der Grund der Confiscation schon vor die Zeit des Contracts fällt, so daß die Sache als eine vitiöse erscheint und deshalb kein Anspruch auf den Kaufpreis begründet ist."

Allein auch von dieser Voraussetzung steht in der Stelle keine Sylbe.

An einer Handhabe, sich auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes über den betreffenden Rechtssatz hinwegzusetzen: fehlt es also keineswegs. Die Mehrzahl der hier in Betracht kommenden Stellen enthält denselben allerdings. Und wie die Römer zu diesem Satze gekommen sind, ist bereits angegeben: sie haben sich die Verpflichtung des Verkäufers und des Käufers beide in ihrer Vereinzelung gedacht.

Diese Römische Auffassung wäre unter der Voraussetzung richtig, wenn wir es hier in der That mit Vertragschließenden zu thun hätten, deren Absicht darauf gerichtet war: zwei Obligationen abzuschließen, die nichts mit einander zu thun haben sollten. Das ist indes entschieden nicht der Fall. Die Absicht der Vertragschließenden war vielmehr auf Obligationen gerichtet, die in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu einander stehen sollten.

---

[32]) Pandekten, Bd. III., § 591, S. 208.

Wenn z. B. A dem B funfzig, und B dem A eine Kuh schenkungsweise verspricht; so liegen zwei Obligationen vor, die beide in ihrer Vereinzelung zu betrachten sind. Stirbt also die Kuh, so wird B von seiner Verpflichtung frei, dagegen die Verpflichtung des A bleibt bei Bestand.

Ganz anders steht aber die Sache, wenn B dem A eine Kuh z. B. im März für 50 Thaler verkauft, die A im Mai auf die Stadtweide jagen will, und die deshalb auch im Mai tradirt werden soll. Hier hat A kein nacktes Zahlungsversprechen von 50 Thalern gemacht, sondern er will dafür eine Kuh haben, die ihn mit Milch versorgen soll. Für eine milchende Kuh waren die 50 Thaler bestimmt, nicht aber für einen Cadaver, den der B inzwischen vielleicht eingescharrt hatte.

Windscheid[33]) versucht hier folgende Begründung:

„Der Grund dieses Satzes ist, daß nach Vollendung des Kaufvertrages die Kaufsache auch ohne Tradition, was das Verhältniß zwischen den Parteien angeht, als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden, und in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen wird."

Und ähnliche Gedanken entwickelt Stintzing a. a. O.

Allein diese Auffassung entspricht sicherlich da nicht dem Willen der Vertragschließenden, wo die Tradition erst eine mehr oder weniger geraume Zeit nach Abschluß des Vertrages stattfinden sollte; und gerade für Fälle dieser Art ist der fragliche Rechtssatz von besonderer Wichtigkeit. Denn wenn z. B. eine Kuh im März gekauft, und ausbedungen wird, daß die Tradition im Mai Statt finden solle, so kann man doch nicht glauben: die Vertragschließenden hätten die Sache so aufgefaßt, als sei die Kuh bereits im März aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden. Denn wenn das ihre Meinung war, so konnten sie ja nur gleich im März die Tradition vornehmen.

Weiter kann ich hier auf die Sache nicht eingehen. Meines Erachtens hat uns das Römische Recht in dem betreffenden Rechtssatze eine ungesunde Grundlage überliefert, auf der wir jedenfalls nicht fortbauen dürfen. Und aus diesem Grunde möge es mir ausnahmsweise einmal gestattet sein: mich nicht auf das gemeine Recht zu beschränken, sondern auch solche Rechte in den Kreis meiner Betrachtung zu ziehen, wo der betreffende Rechtssatz nicht vorhanden ist.

[33]) Pandekten, Bd. II., § 390.

Von den in dieser Beziehung in Betracht kommenden Rechten steht uns das Preußische Landrecht am nächsten, wo es heißt [34]):

„Wird die verkaufte Sache noch vor der Uebergabe durch einen Zufall gänzlich zerstört oder vernichtet, dergestalt, daß gar keine Uebergabe erfolgen kann, so wird der Contract für aufgehoben geachtet."

Und von ähnlichen Grundsätzen geht das Oesterreichische Gesetzbuch aus [35]).

Freilich ist dieser Satz des Preußischen Landrechts kein absoluter, sondern durch den Willen der Contrahenten abänderungsfähig. Allein selbst wenn unter den Contrahenten besonders verabredet wäre: daß der Kaufpreis auch dann bezahlt werden müßte, wenn die Sache vor der Tradition untergehen sollte — würde gleichwohl von Wirkungen unserer Mahnung keine Rede sein können. Allerdings würde man eine derartige Vereinbarung wohl so auslegen müssen: daß der Käufer die Gefahr jedenfalls nicht länger zu tragen habe, als bis zu dem Zeitpunkte, wo er Tradition begehren konnte und wirklich begehrte. Damit hätten wir indes noch immer keine Wirkung unserer Mahnung. Um so weniger als dies eine vertragsmäßige, aber keine gesetzliche Wirkung sein würde.

Derartige Fälle, wo es sich um vertragsmäßige Wirkungen handelt, für welche eine Mahnung von Bedeutung wird, kennt übrigens das Römische Recht beim Kauf ebenfalls.

Ein bekanntes Beispiel dieser Art liefert der Weinhandel mit vorbehaltener Weinprobe [36]). Ein derartiger Vorbehalt hatte die Bedeutung: daß der Handel dann rückgängig gemacht werden durfte, wenn bei Vornahme der Probe sich herausstellte, daß der Wein kahmig oder sauer geworden sei. Die Gefahr des Kahmig- oder Sauerwerdens trug also bis zur Probe der Verkäufer, von da an der Käufer. Wie nun, wenn im Vertrag eine Frist, innerhalb welcher die Probe vorzunehmen, festgesetzt, der Verkäufer aber, Mahnung ungeachtet, es dazu nicht kommen läßt? Ein solcher Vertrag ist dahin auszulegen:

---

[34]) Theil I., Titel XI., § 100.

[35]) Vgl. in dieser Beziehung Hofmann, über das Periculum beim Kaufe, § 20.

[36]) Cato de R. R. 148; fr. 1 pr.; fr. 4 pr., § 1; fr. 15, de per. et com. 18, 6; fr. 34, § 5, de C. E. 18, 1; Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. I., S. 66 fgg., 262 fgg., 386 fgg.; Vangerow, Pandekten, Bd. III., § 635, Anm. II.

periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est[37]). Hier hat also die Mahnung allerdings die Wirkung, daß die Haftung des Verkäufers erweitert wird. Jedenfalls handelt es sich hier aber um vertragsmäßige Wirkungen, zudem um ein Institut, das heutzutage unpractisch ist[38]).

Vom unbedingten Kauf ist übrigens der Fall auseinander zu halten: wenn bei einem Kaufe unter Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung während schwebender Bedingung sowohl die Uebergabe der Sache als Zahlung des Kaufpreises Statt gefunden hat, und hernach die Bedingung ausfällt, bezw. eintritt. Was liegt hier vor: zwei einzelne Obligationen auf Rückgabe des Geldes bezw. der Sache? oder ebenfalls gegenseitige Obligationen? Und welcher Art sind eventuell diese gegenseitigen Obligationen: hebt zufälliger Untergang der Sache den Anspruch auf die Geldleistung auf; oder ist dies nicht der Fall? Je nachdem man diese Fragen so oder so entscheidet, wird man mit der Mahnung verschiedene Wirkungen verbinden müssen. Und macht es endlich für die Verpflichtung des Käufers zur Rückgabe der Waare einen Unterschied aus: ob er seinerseits den Kaufpreis bezahlt hat? Goldschmidt scheint diesen Umstand für bedeutungslos zu halten, da er desselben nicht besonders gedenkt, und überhaupt die Verpflichtung des Käufers als eine einseitige, ein Haben „ohne Grund", aufzufassen[39]).

Jetzt müssen wir uns noch einmal die alternativen Obligationen wieder ansehen. Hier hat die Mahnung in Gemäßheit von fr. 47, § 3, Leg. I., die Wirkung: daß sie dem Schuldner beim Untergange der geringeren Sache die Befugnis entzieht, sich mit Zahlung des geringeren Werthes abzufinden. Auch diesen Satz werden wir im heutigen Recht beibehalten müssen. Denn wenn auch das Corpus juris insofern einen Widerspruch enthält, als es bei einseitigen Obligationen sowohl die Obligationsverlängerung, wie das Interesseprincip zur Anwendung bringt; und wenn wir hier auch dem Interessebegriff den Vorzug geben müssen: so haben wir es hier doch mit einem ganz besondern Falle zu thun, wo es sich noch dazu nicht einmal um eine Obligationsverlängerung

---

37) fr. 4, pr. de per. et comm. 18, 6. Vgl. zu dieser Stelle Goldschmidt a. a. O., S. 81 fgg.

38) Goldschmidt, a. a. O., S. 400.

39) a. a. O., S. 130, 131.

im eigentlichen Sinne, sondern um eine Haftung für Zufall anderer Art handelt.

Für das heutige Recht ergebe sich demnach dieses.

Die eigentliche Obligationsverlängerung ist weggefallen, und an dessen Stelle der Interessebegriff getreten. Daneben gilt aber der Satz: daß zufälliger Untergang nach der Mahnung den Käufer von Zahlung des Kaufpreises befreit — so wie der andere: daß bei alternativen Obligationen, wenn die geringere Sache nach der Mahnung untergeht, der Schuldner die Befugnis verliert, sich mit Zahlung des geringeren Werthes abzufinden.

§ 66.

Die Obligationsverlängerung. — Schluß.

Jetzt soll noch auf die Ansichten Mommsen's und Windscheid's näher eingegangen werden.

Mommsen[1]) spricht zunächst folgenden ganz richtigen Gedanken aus:

„Nach den allgemeinen Grundsätzen über das Interesse würde nun der Gläubiger nur dann eine Entschädigung für den unterbliebenen Verkauf der geschuldeten Sache in Anspruch nehmen können, wenn er beweisen könnte, daß er die Sache, falls sie rechtzeitig geleistet wäre, vor dem Eintreten des beschädigenden Ereignisses verkauft hätte."

Mommsen meint aber, die Römischen Rechtsgelehrten wären in unserm Falle bei den sonst geltenden Grundsätzen nicht stehen geblieben, sondern hätten angenommen:

„daß der Gläubiger schon dann berechtigt ist, eine Entschädigung zu fordern, wenn nur die Möglichkeit für ihn vorhanden war, im Fall einer rechtzeitigen Erfüllung den geschuldeten Gegenstand vor dem Eintreten des beschädigenden Ereignisses zu verkaufen und dadurch die nachtheiligen Folgen desselben von sich abzuwenden."

Allein ich habe bereits darauf hingewiesen, daß eine Verkaufsmöglichkeit immer vorliegt. Sachen zu verkaufen, ist immer möglich; einerlei, ob man sie hat, oder nicht hat. Wer also mit der bloßen Verkaufsmöglichkeit sich begnügt, nimmt im Grunde an, daß der ge-

---

[1]) Mora, S. 187; Interesse, S. 186 fgg.

mahnte Schuldner unbedingt für Zufall hafte. Nur daß sich diese Haftung für Zufall etwas verschieden nuanciren würde, je nachdem diese Verkaufsgelegenheit mehr oder weniger vortheilhaft wäre.

Ich will auch keineswegs bestreiten, daß es Stellen im Corpus juris gibt, welche die unbedingte Haftung des gemahnten Schuldners für Zufall aussprechen. Es gibt aber auch andere, in denen dies nicht der Fall. Und daß das Corpus juris hier in der That einen Widerspruch enthält: darüber scheint Mommsen sich gar nicht klar geworden zu sein.

Besondere Schwierigkeiten bieten Mommsen fr. 15, § 3, R. V. 6, 1, und fr. 14, § 11, Q. M. C. Die Erklärung, welcher er beipflichtet, läuft im wesentlichen darauf hinaus, daß wenn soviel als weil bedeuten könne, was aber nicht der Fall ist.

Die Hauptstütze findet Mommsen an Stellen, welche sich auf den bösgläubigen Besitz beziehen. Nun habe ich bereits anderswo [2]) darauf aufmerksam gemacht: daß das Römische Recht, anlangend die Wirkungen des bösgläubigen Besitzes, noch nicht zum Abschluß gekommen ist. Man sieht wohl, worauf sie zusteuerten: sie wollten den bösgläubigen Besitzer zur Erstattung des Interesse verpflichten. Abgeschlossen war diese Entwicklung aber noch keineswegs. Um so bedenklicher ist es, ein paar Stellen, die sich auf den bösgläubigen Besitz beziehen, herauszugreifen, und auf Grund derselben an den Wirkungen der Mahnung herummodeln zu wollen.

Bei Erörterung von fr. 36, § 2, de usufr. 7, 1, bieten sich Mommsen auf's neue Schwierigkeiten dar. Er sucht, über diese Stelle in folgender Weise hinwegzukommen [3]):

„Die Möglichkeit des Verkaufs, als Grund eines Anspruchs auf Ersatz, wird gar nicht erwähnt, ohne Zweifel, weil der Ususfruct wegen der in hohem Grade ungewissen Dauer desselben keinen irgendwie bestimmten Werth im Verkehr hat."

Mommsen nimmt also für den Nießbrauch eine Besonderheit an. Dann hätte er von seinem Standpunkte aus folgerichtig behaupten müssen, daß der Verkauf eines Nießbrauches gar nicht möglich sei. Allein Geschäfte dieser Art waren bei den Römern sogar sehr gewöhnlich [4]).

---

[2]) Bd. I., § 9, S. 79.

[3]) Mora, S. 194.

[4]) fr. 12, § 2; fr. 38; fr. 67 de usufr. 7, 1; fr. 8, § 2, de per. et com. 18, 6 u. v. a. m.

Gleich darauf stößt Mommsen auf fr. 14, pr. de cond. furt. 13, 1 [5]), wo sogar die Verkaufsmöglichkeit eines bedingt vermachten Sclaven anerkannt wird.

Anlangend die Beweisfrage meint Mommsen [6]): der Beklagte habe regelmäßig zu beweisen, „daß in dem bestimmten einzelnen Fall ausnahmsweise ein Verkauf nicht möglich gewesen sei". Als ob ein solcher Beweis überhaupt zu führen wäre!

Windscheid legt ungebührliches Gewicht auf fr. 3 § 3 A. E. V. 19, 1. Er meint nämlich [7]):

„In dieser Stelle wird gesagt, daß bei einer nach dem Verzuge eingetretenen Preisminderung der Gläubiger den höheren Werth der Zeit des Verzuges solle fordern können. Eine Preisminderung begründet eine partielle Unmöglichkeit der Erfüllung (Unmöglichkeit der Leistung des Leistungsgegenstandes in gehöriger Qualität); — für die partielle Unmöglichkeit können keine anderen Grundsätze gelten, als für die totale; — die Preisminderung würde gerade so eingetreten sein, wenn zur rechten Zeit geleistet worden wäre; — davon, daß der Gläubiger nur dann einen Entschädigungsanspruch haben solle, wenn er vor der Preisminderung verkauft haben würde, enthält die Stelle keine Spur."

In der von Windscheid angezogenen Stelle sagt Pomponius: wenn ein Weinverkäufer eine Mahnung nicht beachte, müsse er verurtheilt werden, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. Gesetzt also, der Wein sei im Preise gefallen, so bekäme der Käufer doch immer den Werth, den der Wein beim Kaufabschlusse hatte, also vermuthlich den Kaufpreis zurück; oder wenn dieser noch nicht bezahlt, so ging der Kauf wieder auseinander. Es ist ganz einerlei, ob der Verkäufer anderweitig verkauft hätte. Nun begründe aber, meint Windscheid, eine Werthminderung eine partielle Unmöglichkeit der Erfüllung. Allerdings scheint es auch für das Vermögen des Gläubigers ziemlich einerlei zu sein: ob eine Waare mittlerweile um zehn Procent im Course gefallen, oder ob sie um zehn Procent beschädigt ist. Allein dies scheint nur so: denn der Cours kann sich auch wieder heben, durch bloßes Warten

---

5) Mora, S. 194, 195.

6) a. a. O. S. 197.

7) Pandekten, Bd. II., § 280, Anm. 15.

werden Vermögensverminderungen dieser Art sehr häufig wieder ausgeglichen; bei einer wirklichen Beschädigung nützt aber bloßes Warten nichts. Wo es sich um Beschädigung oder Untergang einer Sache handelt, befinden wir uns auf folgendem Standpunkt: der fragliche Nachtheil würde den Gläubiger unfehlbar getroffen haben, wenn er nicht verkauft hätte. Das kann man aber da nicht sagen, wo inzwischen eine Preisminderung eingetreten ist. Denn wenn auch der Wein in dem Augenblicke niedriger im Preise steht, wo er geliefert wird, als wo der Gläubiger mahnte: so ist damit keineswegs gesagt, daß diese späte Lieferung nothwendig zum Nachtheile des Käufers ausschlage. Vielleicht hätte er bei rechtzeitiger Lieferung für 10 verkauft; als geliefert wird, ist der Preis 9; Gläubiger wartet die Conjunctur ab, und verkauft später für 11. Endlich wolle man noch dies beachten. Es handelt sich hier um Waaren, die jeder Zeit zum Marktpreise zu haben sind. Und wer in solchen Dingen speculiren will, läßt sich dadurch nicht abhalten, wenn einmal ein Posten nicht rechtzeitig geliefert wird. Man sieht: das Recht hat mehr als eine Veranlassung, die Preisminderung anders als sonstige Beschädigungen zu behandeln. Jedenfalls hat das Römische Recht diesen Weg eingeschlagen, wie z. B. eine Vergleichung von fr. 3 und fr. 4 de cond. trit. 13, 3, zeigt, auf welche Stellen ich unten [8]) noch näher eingehen werde.

Weiter beruft sich Windscheid auf fr. 8 § 1 de cond. furt. 13, 1. In demselben steht, daß der fur unbedingt für Zufall hafte. Allein wenn Windscheid um derartige Stellen zu thun war, warum nahm er nicht gleich seine Zuflucht zu den Stellen, welche den gemahnten Schuldner unbedingt für Zufall verantwortlich machen? Zumal diese Stellen in großer Zahl vorhanden sind.

Denn wollte Windscheid dem Satze zusteuern: daß der gemahnte Schuldner unbedingt für Zufall aufkommen müsse — so hätte er ja nur einfach so zu Werke gehen können. Es gibt eine Reihe von Stellen, welche den gemahnten Schuldner unbedingt für Zufall verantwortlich machen; andere Stellen stehen freilich nicht damit in Einklang; es liegt hier also ein Widerspruch vor; ich entscheide mich dafür, daß der gemahnte Schuldner den Zufall unbedingt zu tragen hat.

Dagegen wäre nichts zu sagen gewesen. Ich habe mich freilich

---

[8]) Siehe unten § 67, 68.

für den Interessebegriff entschieden. Allein an sich vertheidigen läßt sich die andere Ansicht ebenfalls.

Indessen die unbedingte Haftung für Zufall will Windscheid auch wieder nicht. Windscheid ist sich nämlich einerseits über den hier in den Quellen vorhandenen Widerspruch, eben so wenig wie Mommsen, klar geworden; andererseits glaubt er, vermitteln zu können. Allein wo es sich um einander feindliche Principien handelt, führt jede Vermittlung zu ungesunden Ergebnissen. Sehen wir zu, wie es Windscheid ergangen ist.

Derselbe ist zu folgendem Satze gelangt [9]):

„Nicht einmal das hilft dem Schuldner, daß er nachweisen kann, daß, wenn er auch zur rechten Zeit geleistet hätte, der Leistungsgegenstand dem Gläubiger dennoch verloren gegangen sein würde; der Gläubiger kann diese Entgegnung durch den Hinweis darauf beseitigen, daß, wenn er den Leistungsgegenstand gehabt hätte, er denselben vor dem Verluste in seinen Werth hätte umsetzen können. Erst wenn der Schuldner den Beweis führt, daß der Gläubiger einen solchen Umsatz nicht vorgenommen haben würde, ist er frei.“

An diesem Ergebnisse habe ich vom Interesse= wie processualrechtlichen Standpunkte aus folgende Ausstellungen zu machen.

1. Der Schuldner braucht nur nachzuweisen, daß die Sache durch Zufall zu Grunde ging. Dann ist die alte Obligation an und für sich aufgehoben. Glaubt aber der Gläubiger, daß in Folge der nichtbeachteten Mahnung dennoch ein Interesseanspruch vorhanden sei, so hat er dessen Vorhandensein darzuthun, also nachzuweisen: daß der Zufall ihn nicht betroffen hätte — sofern es in dieser Beziehung überall noch eines Beweises bedarf.

2. Diesen Nachweis kann der Gläubiger auch in der Weise führen, daß er darthut, er würde verkauft haben. Die bloße Verkaufsmöglichkeit genügt nicht. Diese braucht auch nicht erst bewiesen zu werden, sofern nicht eine besonders vortheilhafte Verkaufsmöglichkeit behauptet worden; denn über notorische Thatsachen pflegt der Richter keinen Beweis aufzuerlegen.

3. Jedenfalls würde eine Behauptung des Gläubigers „er hätte umsetzen können“ nicht durch den Nachweis entkräftet werden, „daß er

---

[9]) Pandekten, Bd. II., S. 85.

den Umsatz nicht vorgenommen haben würde". Denn wenn auch der Gläubiger im einzelnen Fall den Umsatz nicht vorgenommen haben würde, so bleibt darum doch wahr, daß er ihn hätte vornehmen können. Windscheid hat hier gegen eine Rechtsregel gefehlt, welche unsere Processualisten so auszudrücken pflegen: daß der Gegenbeweis kein besonderes Beweisthema haben könne.

§ 67.

Zeitpunkt der Schätzung.

Die Frage, nach welchem Zeitpunkte eine schuldige Leistung abzuschätzen sei, muß von einem allgemeinern Gesichtspunkte aus erörtert werden, um den etwaigen Einfluß, den in dieser Hinsicht eine Mahnung haben sollte, angeben zu können.

Die gestellte Frage ist nur da von Bedeutung, wo der Werth der schuldigen Leistung zu verschiedenen Zeiten ein verschiedener war.

Die Werthänderung kann entweder ihren Grund in einer Veränderung haben, die mit der schuldigen Sache selber vorging, oder darin, daß das Verhältnis von Angebot und Nachfrage ein anderes wurde.

Werthänderungen der letztern Art kommen vorzugsweise bei solchen Sachen vor, die einen Marktpreis zu haben pflegen.

Die Werthänderung kann in beiden Fällen sowohl zum Bessern als zum Schlechtern stattfinden.

Im einen Falle haben wir eine Werthminderung, z. B. ein geschuldeter Sclave wird einäugig [1]); im andern Fall eine Wertherhöhung, z. B. der geschuldete Sclave wird zum Pantomimen ausgebildet [2]).

Die Werthänderung, welche in einer Veränderung der Sache ihren Grund hat, mag sie nun zum Bessern oder zum Schlechtern Statt finden, kann sowohl durch Zufall, als durch Thätigkeit des Schuldners herbeigeführt werden. Ein Beispiel einer zufälligen Werthbesserung bietet z. B. die Alluvion. Die durch Thätigkeit des Schuldners herbeigeführte Werthbesserung fällt hingegen unter den Gesichtspunkt der

---

[1]) fr. 3 de cond. trit. 13, 3.

[2]) Vgl. fr. 43 A. E. V. 19, 1.

Verwendung; z. B. der Schuldner läßt einen Sclaven zum Pantomimen ausbilden, eine Kuh fett machen u. dgl.

Das Römische Recht hat für die Werthänderung, welche in einer Veränderung der Sache ihren Grund hat, und die ich die sachliche nennen will, andere Grundsätze aufgestellt, als für die bloße Preisänderung. Ich will mich hier zunächst mit der sachlichen Werthänderung beschäftigen.

In dieser Beziehung haben wir uns nun schon oben, § 64, S. 22 fgg. mit einer alten Rechtsregel beschäftigt, welche in fr. 3 § 3 Comm. enthalten ist, und dahin lautete: daß bei den strengrechtlichen Obligationen die Litiscontestation der Zeitpunkt der Schätzung sei, während bei den gutgläubigen Obligationen in Bezug auf den Streitgegenstand geschworen, und auf den Zeitpunkt, wo das Urtheil zu sprechen, gesehen wurde. Wir zeigten dort: daß man bei den gutgläubigen Obligationen bereits in alter Zeit mindestens den zwischen Litiscontestation und Urtheil begangenen Dolus berücksichtigt haben muß, daß also hier schon in alter Zeit das Augenmerk des Geschwornen nicht unverwandt auf den Zeitpunkt, wo das Urtheil zu sprechen, gerichtet gewesen sein kann. Vollends muß dies aber anders geworden sein, als auch der dolus und gar die culpa praeterita ins Bereich dieses Geschwornen gezogen wurde.

Was dann die strengrechtlichen Obligationen anbetrifft, so wurde hier das Augenmerk des Geschwornen in Folge der in fr. 91 § 3 V. O. enthaltenen Constitution beweglich. Insonderheit sollte derselbe, falls eine Mahnung nicht beachtet war, auf diesen Zeitpunkt sehen. Daneben behielt man den alten Rechtssatz bei. So hatte also der Gläubiger die Wahl, ob er nach dem Zeitpunkte der Mahnung, oder der Litiscontestation geschätzt haben wollte. Gesetzt nun, der Sclave wäre nach der Mahnung einäugig geworden, dann wird natürlich der Gläubiger Schätzung nach dem Zeitpunkte der Mahnung verlangt haben; gesetzt aber, der Sclave wäre inzwischen zum Pantomimen herangebildet, dann wird natürlich jeder Gläubiger Schätzung nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation begehrt haben.

Nun denke man sich weiter einmal: die Ausbildung des Sclaven zum Pantomimen sei zur Zeit der Litiscontestation erst halb beendet gewesen, dagegen zur Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, bereits vollendet; und der Sclave hätte dem entsprechend zur Zeit der Mahnung im Werthe von 5, zur Zeit der Litiscontestation im Werthe von 50, und zur Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, im Werthe von 100 gestanden. Lag es nun

nicht nahe: dem Gläubiger auch zu gestatten, daß er den Werth zur Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, für sich in Anspruch nahm? Lag es nicht nahe: den Gegensatz, der in dieser Beziehung zwischen strengrechtlichen und gutgläubigen Obligationen Statt fand, auszugleichen? Und daß solchen Betrachtungen bereits Servius Sulpicius zugänglich war, lehrt uns folgende Stelle.

fr. 3 de cond. trit. 13, 3. — Ulp.

In hac actione si quaeratur, res, quae petita est, cujus temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλάτει secundum Celsus, erit spectandum; non enim debet novissimum vitae tempus aestimari, ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato. In utroque autem, si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro vicesimo, habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit. Et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.	Wenn bei dieser Klage gefragt wird, welche Zeit bei Abschätzung der eingeklagten Sache zu Grunde zu legen, so ist die Meinung des Servius die richtigere, daß auf die Zeit des Urtheils zu sehen sei. Wenn aber die Sache aufgehört hat, zu existiren, wird auf die Zeit des Todes zu sehen sein; jedoch hat man es mit diesem Zeitpunkt nach Celsus nicht haarscharf zu nehmen. Denn nicht darf der letzte Lebensaugenblick abgeschätzt werden, damit nicht die Schätzung bei einem etwa tödtlich verwundeten Sclaven auf einen winzigen Preis herabgedrückt wird. In beiden Fällen ist aber, schreibt Marcell im 20. Buche, wenn nach der Mahnung eine Verschlechterung eingetreten, eine Abschätzung dieser Verschlechterung vorzunehmen; und wenn daher jemand nach der Mahnung einen einäugigen Sclaven gegeben habe, so werde er nicht frei. Also ist in solchen Fällen bei der Schätzung bis auf den Zeitpunkt der Mahnung zurückzugehen.

In hac actione. — Damit ist die condictio triticiaria gemeint, mit der alle Sachen außer baarem Gelde gefordert werden

konnten [3]). Hier sind indes auch solche Sachen auszunehmen, die einen Marktpreis hatten, wie Wein, Oel, Getreide; denn in Bezug auf diese merx galten andere Grundsätze, wie wir aus dem sich unmittelbar anschließenden fr. 4 ersehen [4]).

res, quae petita est. — Den Ausdruck petere können wir nicht gut von einem einfachen mahnen verstehen, da gleich darauf von einer Verurtheilung die Rede ist.

condemnationis tempus. — Hierunter mit v. Savigny [5]) die Zeit der Litiscontestation zu verstehen, ist geradezu unmöglich [6]). v. Savigny ist zu dieser Behauptung vorzugsweise durch die „so klare und principielle Entscheidung" [7]) in fr. 3 § 2 Comm. veranlaßt. Allein dabei übersieht v. Savigny: daß wir es hier mit einer Rechtsregel zu thun haben, die zu Ulpian's Zeiten bereits ein Stück Alterthum, und an allen Ecken und Enden unterhöhlt war. Es wird allerdings einmal eine Zeit gegeben haben, wo die in fr. 3 § 2 Comm. uns aufbewahrte Rechtsregel buchstäbliche Anwendung fand. Das war aber zu Ulpian's Zeiten nicht mehr der Fall. Und so wenig zu Ulpian's Zeiten bei gutgläubigen Obligationen der fraglichen Art stets in Bezug auf den Streitgegenstand geschworen wurde; so wenig wurde bei strengrechtlichen Obligationen die Schätzung stets und ausschließlich nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation vorgenommen. Auch in dieser Beziehung hatten sich die Gegensätze beider Obligationen bereits abgeschliffen. Und zwar ist die Entwicklung folgende gewesen.

Servius Sulpicius stellte zunächst den Satz auf, auch bei den strengrechtlichen Obligationen müsse bei Schätzung des Streitgegenstandes auf den Zeitpunkt, wo das Urtheil zu sprechen, gesehen werden, wenn nach der Litiscontestation eine sachliche Werthbesserung Statt gefunden hatte.

Wie sollte es nun aber gehalten werden, wenn die Sache nach der Litiscontestation zwar sachlich besser geworden, aber vor der Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, untergegangen, z. B. der Sclave gestorben war? Hier bildete sich der Satz, daß der Geschworne auf einen zwischen der Litiscontestation und der Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, liegenden

---

[3]) fr. 1 de cond. trit. 13, 1.
[4]) Vgl. Cohnfeldt, Interesse, S. 251.
[5]) System, Bd. 6, S. 221.
[6]) Vgl. Cohnfeldt, Interesse, S. 251, 252.
[7]) System, Bd. 6, S. 200.

Zeitpunkt, nämlich den des Todes, zu sehen habe. Jedoch warnte Celsus davor, daß man es mit diesem Zeitpunkte nicht haarscharf nehmen müsse.

Inzwischen war man auch schon in anderer Weise thätig gewesen, das Augenmerk des Geschwornen auf diesem Gebiete in Bewegung zu setzen. So veranlaßten Sabinus und Cassius die Rechtsregel „omnia judicia esse absolutoria“ [8]).

Wenn aber ein Geschworner eine Zufriedenstellung des Klägers nach der Litiscontestation berücksichtigen sollte, so hatte er doch mehr zu thun, als bloß auf den Zeitpunkt der Litiscontestation hinzublicken. Und ebenso waren es Sabinus und Cassius, welche den Beklagten bei strengrechtlichen Obligationen von der Litiscontestation an zur Erstattung von Früchten verpflichteten [9]); ein Satz, der sich dann bei Paulus [10]) folgendergestalt erweitert hatte:

> Quum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto, hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.

Jedoch scheint sich diese Gleichstellung der condictio auf res certa mit den gutgläubigen Klagen auf die Zeit von der Litiscontestation bis zum Urtheil beschränkt zu haben. Für die Zeit vor der Litiscontestation hielt man daran fest, daß der Geschworne auf den Zeitpunkt der Mahnung zu sehen habe. Und wenn man auch dem Gläubiger gestattete, zwischen Mahnung und Litiscontestation wählen zu dürfen; so scheint doch die Zeit zwischen Mahnung und Litiscontestation den Römischen Geschwornen in keiner Weise gekümmert zu haben.

In utroque autem u. s. w. In beiden Fällen aber, sagt Marcell, also sowohl wenn der Sclave nach der Litiscontestation gestorben war, als zur Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, noch lebte, sei eine nach der Mahnung eingetretene Verschlechterung abzuschätzen. Gesetzt also, der Sclave sei zur Zeit der Mahnung 5, und ebenso zur Zeit des Todes oder, wo das Urtheil zu sprechen, gleichfalls 5 werth gewesen; es hätte aber in der Zeit zwischen Litiscontestation und Urtheil oder zwischen Litis-

---

[8]) Gaj. IV., 114. Vgl. dazu v. Keller, Litiscontestation, S. 180 fgg., und Civilproceß § 67.

[9]) fr. 38 § 7 Us. 22, 1.

[10]) fr. 31 pr. R. C. 12, 1.

contestation und Tod eine Verschlechterung Statt gefunden: so darf das Urtheil nicht auf 5 gehen, sondern die Verschlechterung ist gleichfalls in Anschlag zu bringen. Und wenn diese Verschlechterung z. B. 20 betragen, so hätte dies zugerechnet und in 25 verurtheilt werden müssen.

Wie nun aber, wenn die Verschlechterung zwischen Mahnung und Litiscontestation Statt gefunden hätte, aber so, daß der Werth zur Zeit der Litiscontestation noch der nämliche, wie zur Zeit der Mahnung war? Hier kann man im Römischen Sinne gar nicht von einer Verschlechterung reden, denn es fehlt uns für die Annahme an jeglichem Anhalt, daß der Römische Geschworne auch die Zeit zwischen Mahnung und Litiscontestation in Betracht zu ziehen hatte.

Et ideo u. s. w. Hier müssen wir uns also die Sache so denken, daß der inzwischen einäugig gewordene Sclave jedenfalls weniger werth war, als zur Zeit der Mahnung; was auch schon an sich sehr nahe liegt.

Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio. „Also ist in solchen Fällen bei der Schätzung bis auf den Zeitpunkt der Mahnung zurückzugehen." Man beachte die vorsichtige Fassung. Es heißt nicht etwa: quare tempus morae in his erit spectandum. Das würde nicht ausgereicht haben, da ja auch eine nach der Litiscontestation eingetretene Verbesserung berücksichtigt werden mußte. Dagegen war es ganz richtig, daß bei Verschlechterungen bis auf den Zeitpunkt der Mahnung zurückgegangen werden mußte: denn Verschlechterungen vor der Mahnung, sofern keine culpa vorlag, kamen als solche nicht in Betracht.

Ist diese Erklärung unserer Stelle richtig, so sind wir zu folgendem Ergebnis gelangt.

Die Rechtsregel, daß bei den strengrechtlichen Klagen der Geschworne auf den Zeitpunkt der Litiscontestation zu sehen habe, ist nur noch richtig, soweit es sich um Verschlechterungen handelt. Aber selbst in dieser Beziehung reicht sie nicht mehr aus, da der Geschworne hier bis auf den Zeitpunkt der Mahnung zurückzugehen hat. Eine Verbesserung nach der Litiscontestation vergrößert die Urtheilssumme; dagegen scheint die Zeit zwischen Mahnung und Litiscontestation außer dem Bereiche des Geschwornen geblieben zu sein.

Hiermit steht folgende Stelle in Einklang.

fr. 37, Mandati 17, 1. — Africanus.

Hominem certum pro te dari fidejussi, et solvi; quum mandati agatur, aestimatio ejus ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet; et ideo, etiamsi mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est. Aliter in stipulatione servatur, nam tunc id tempus spectatur, quo agitur, nisi forte aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret, aut per creditorem, quominus acciperet; etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

Der Anfang der Stelle ist bemerkenswerth wegen der Ungenirtheit, mit welcher sich African bei einer gutgläubigen Obligation über den Zeitpunkt, wo das Urtheil zu sprechen, hinwegsetzt. Auch in dieser Beziehung also sieht es mit der „so klaren und principiellen Entscheidung" in fr. 3, § 2, Comm. gewaltig windig aus. Uns kümmert hier vornämlich der Schlußsatz. African sagt: daß bei einer Stipulation auf den Zeitpunkt der Litiscontestation gesehen werde; ausgenommen im Falle einer Mahnung oder Oblation. Die Werthänderung im Falle einer Oblation muß nach der Litiscontestation eingetreten sein, denn sonst hätte ja nichts im Wege gestanden, auf den Zeitpunkt der Litiscontestation zurückzugehen. Deshalb hat man sich auch die Oblation als nach der Litiscontestation vorgenommen zu denken. Im Falle einer nach der L. C. vorgenommenen Oblation hat also der Römische Geschworne nicht auf den Zeitpunkt der Litiscontestation zu sehen, sondern in weniger zu verurtheilen, wenn die Sache nach der Oblation schlechter geworden ist. Dagegen im Falle der Mahnung hat der Geschworne nicht auf den Zeitpunkt der Litiscontestation zu sehen, wenn die Sache nach der Mahnung schlechter geworden ist. Aber auf welchen Zeitpunkt denn? Auf den Zeitpunkt der Mahnung, oder den, wo die Sache in der Zwischenzeit den höchsten Werth hatte? Die Begründung „etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet" scheint darauf hinzuweisen, daß die Nichtbeachtung der Mahnung dem Schuldner nur keinen Vortheil bringen dürfe, daß er also zwar nicht in weniger, wie die Sache zur Zeit der Mahnung werth war, aber auch nicht in mehr verurtheilt werden konnte. Eine Wertherhöhung während der Zwischenzeit kam also nicht in Betracht[11]).

[11]) Vgl. v. Savigny, System, Bd. 6, S. 211.

Windscheid[12]) meint: unsere Stelle drücke sich so allgemein aus, daß sie auf den Fall der Preisminderung mit bezogen werden könne. Allein das von African gewählte Beispiel verweist uns entschieden nur auf die sachliche Werthänderung.

Mit Unrecht haben Cohnfeldt[13]) und Mommsen, S. 204, folgende Stelle hierhergezogen.

fr. 5 pr. Comm. 13, 6, Ulp.

Si, ut certo loco vel tempore reddatur commodatum, convenit, officio judicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat.

Damit hat Ulpian nur sagen wollen: wenn für die Rückgabe der geliehenen Sache ein bestimmter Ort oder eine bestimmte Zeit verabredet worden, so hat der Römische Geschworne hierauf Rücksicht zu nehmen, also z. B. auch in das Verzugsinteresse[14]) zu verurtheilen. Keineswegs liegt aber darin: daß der Römische Geschworne bei Abschätzung der Sache die verabredete Erfüllungszeit zu Grunde zu legen habe, der Commodatar also nach Ablauf dieser Zeit unbedingt für Zufall hafte.

Jetzt wäre noch eine verwandte Stelle zu erörtern.

fr. 8 § 1 de cond. furt. 13, 1. — Ulp.

Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur. Placet tamen, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime quum deteriorem rem factam fur dando non liberatur; semper enim moram fur facere videtur.

Zunächst ist mir bei dieser Stelle unklar geblieben, weshalb man sie so vielfach auf eine Preisänderung bezogen hat. Werden denn etwa vorzugsweise solche Sachen gestohlen, die einen Marktpreis haben? Es ist ausdrücklich in der Stelle von Deterioration die Rede, also werden wir die Stelle auch von einer sachlichen Preisänderung zu verstehen haben.

Mit der Rechtsregel „semper moram fur facere videtur" habe ich mich bereits früher beschäftigt[15]). Sie bedeutet: der fur

---

[12]) Pandekten, Bd. II., § 280, Anm. 18.

[13]) Interesse, S. 248.

[14]) Siehe über diesen Begriff Bd. I., S. 91.

[15]) Bd. I, § 4, S. 27—31.

haftet von Anfang an für Zufall, im Gegensatz zu sonstigen Schuldnern, wo die Haftung für Zufall erst mit der Mahnung eintritt.

Und weil ein fur von Anfang an für Zufall, haftet er auch von Anfang an für zufällige Verschlechterung. Nun ist aber noch die Frage: wie diese Haftung für Zufall gemeint sei? Wir sahen: auch der gemahnte Schuldner haftet von der Mahnung an für Zufall; daraus folgte aber noch nicht, daß er den höchsten Preis erstatten mußte, den die Sache zwischen der Mahnung und Litiscontestation erreicht hatte.

So ist hier denn eine Lücke in der Ulpian'schen Schlußfolgerung, und auch das „maxime quum“ (zumal da) scheint darauf hinzudeuten, daß auf die Entscheidung selber wohl noch andere Einflüsse eingewirkt haben.

Wir müssen uns hier vergegenwärtigen, von welchen Voraussetzungen die Römischen Rechtsgelehrten hinsichtlich des furtum ausgingen. Sie faßten die Sache so auf, als ob der fur jeden Augenblick das furtum wiederhole. Ulpian selber spricht sich in dieser Beziehung in demselben Edictscommentar, dem unsere Stelle entnommen, folgendermaßen aus[16]:

> quodsi pretiosior facta sit, ejus duplum, quanti tunc, quum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.

Nehmen wir diesen Gedanken zu Hülfe, dann paßt alles vortrefflich. Der fur begeht jeden Augenblick ein furtum, also auch in dem Augenblicke, wo die Sache am meisten werth war. Andererseits haftet der fur als solcher für Zufall. Da er nun auch in dem Augenblicke ein fur ist, wo die Sache am meisten werth war, haftet er auch in diesem Augenblick für Zufall, und muß mithin immer den höchsten Werth ersetzen, den die Sache einmal hatte.

Also auch dieser Satz hat mit der Mora des fur eigentlich nichts zu thun. Noch klarer liegt aber die Sache bei unserer Mahnung. Auch die Mahnung macht allerdings den Schuldner für Zufall verantwortlich, aber verpflichtet ihn nicht, eine sachliche Werthbesserung, die sich zwischen Mahnung und Litiscontestation zutrug, mitzuerstatten. Allerdings kann der Schuldner hierzu angehalten werden, wenn diese

---

[16]) fr. 50 pr. de furtis 47, 2. Vgl. fr. 67 § 2 eod. und fr. 29 R. A. 25, 2.

Werthbesserung im Augenblicke der Litiscontestation noch vorhanden war; denn der Gläubiger hat ja zwischen einer Schätzung zur Zeit der Litiscontestation oder der Mahnung die Wahl. Ferner entgehen einem Gläubiger die Werthbesserungen nicht, die sich nach der Litiscontestation zutragen. Das alles sind nur keine Wirkungen der Mahnung, sondern der Litiscontestation.

So hatte denn die Mahnung bei den strengrechtlichen Obligationen nur die Wirkung, daß sie den Schuldner vom Standpunkte der Mahnung aus für Zufall verantwortlich machte. Sachliche Werthbesserungen kamen nur insofern in Betracht, als sie zur Zeit der Litiscontestation noch vorhanden waren, und der Gläubiger es vorzog, eine Schätzung nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation zu verlangen.

Wie mag es in dieser Beziehung bei den gutgläubigen Obligationen ausgesehen haben? Oder — da es in dieser Beziehung an Stellen fehlt — fragen wir lieber gleich: wie haben wir im heutigen Recht die sachliche Werthbesserung zu behandeln, die nach der Mahnung eintritt?

In dieser Beziehung fällt in's Gewicht: daß der heutige Richter, so lange die Sache noch da ist, in die Sache selber verurtheilen muß. Daraus folgt, daß heutzutage dem Gläubiger die Werthbesserung, welche nach der Mahnung eintritt, zu gute kommt. Denn nähme man dies nicht an, was würde die Folge sein? Dann würde ja der gemahnte Schuldner durch jede sachliche Werthbesserung eine Mahnungseinrede erhalten. Er würde dann zum Gläubiger sagen können: ich will dir wohl die Sache geben, ersetze mir aber erst, was sie inzwischen mehr werth geworden ist.

Nun können solche sachliche Werthbesserungen zwar zufällig entstehen, für gewöhnlich haben sie aber ihren Grund in Verwendungen, die auf die Sachen gemacht werden. Wenn demnach der Gläubiger dem gemahnten Schuldner die sachliche Werthbesserung zu ersetzen hätte, so stände es in der Macht des Schuldners, durch beliebige Verwendungen sich Mahnungseinreden zu verschaffen.

So bildet sich denn für das heutige Recht folgender Satz: dem Gläubiger kommt die sachliche Werthbesserung zu gute, welche nach der Mahnung mit der Sache vorgegangen ist.

Da aber dieser Satz seinen Grund lediglich in einer gewissen Unvermeidlichkeit hat (weil dem gemahnten Schuldner nicht gestattet werden kann, sich durch Werthbesserung Mahnungseinreden zu ver=

schaffen); da ferner bei den Werthbesserungen, welche durch eine Thätigkeit des Schuldners herbeigeführt wurden, der Gläubiger genau genommen mehr erhält, als ihm eigentlich zukam: so wird man diesen Satz in dieser Beziehung auf die Werthverbesserungen zu beschränken haben, die untrennbar mit der Sache verwachsen sind, dagegen für die trennbaren Werthbesserungen dem gemahnten Schuldner mindestens ein jus tollendi einräumen. Also wenn z. B. ein gemahnter Schuldner eine Kuh fett gemacht hat, so läßt sich das Fettergewordensein von der Kuh nicht wieder abtrennen, kommt also dem Gläubiger zu gute. Wenn dagegen die Werthverbesserung darin bestände, daß der gemahnte Schuldner ein Grundstück drainirte; so wird man ihm eine Wiederwegnahme der Drains gestatten müssen.

Jetzt mag noch folgender Fall besprochen werden.

Ein Schlachter kauft von einem Gutbesitzer ein Kalb. Im Augenblicke der Mahnung sei dasselbe 2 werth. Als der Gutsbesitzer es 4 Wochen noch gefüttert hat, und das Kalb inzwischen 4 werth geworden ist, stirbt es. Wie viel ist hier dem Schlachter, der das Kalb verkauft haben würde, zu ersetzen? Dasjenige, was er erhalten haben würde, wenn er im Augenblicke der Mahnung verkauft hätte — oder dasjenige, was er erhalten haben würde, wenn er es kurz vor seinem Tode verkauft hätte? Ich glaube, man wird unterscheiden müssen: ob der Tod des Thieres durch Verschulden des Schuldners, oder durch Zufall herbeigeführt wurde. Bei vorhandener Verschuldung wird man sagen müssen: hätte der Schuldner nicht getödtet, so hätte der Gläubiger das gehabt, was das Kalb im Augenblicke des Todes werth war; und dieser Werth darf ihm durch eine schuldvolle Handlung des Schuldners nicht geschmälert werden. Erfolgte dagegen der Tod zufällig; so ist die Untrennbarkeit der Werthbesserung durch Zufall aufgehoben. Der Gesichtspunkt der Unvermeidlichkeit greift nicht mehr Platz: der Gläubiger muß in diesem Fall mit 2 zufrieden sein.

§ 68.

Zeitpunkt der Schätzung. — Fortsetzung.

Ich gehe jetzt zu den Stellen über, welche die bloße Preisänderung in's Auge fassen, und zwar wende ich mich zunächst zu den strengrechtlichen Obligationen.

Von Haus aus hatte der Römische Geschworne hier sein Augenmerk

ebenfalls auf den Zeitpunkt der Litiscontestation zu richten, namentlich kümmerte ihn die Zeit vor der Litiscontestation nichts. Wann und wie wurde dies anders bei Sachen, die einen Marktpreis zu haben pflegen? In dieser Beziehung kommt zunächst folgende Stelle in Betracht.

fr. 4 de cond. trit. 13, 3. — Gajus.

Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit; si de die nihil convenit, quanti tunc, quum judicium acciperetur.

Hiernach machte also Cassius für den Fall eine Ausnahme, daß ein bestimmter Erfüllungstag verabredet worden. In diesem Falle sollte der Preis dieses Tages zu Grunde gelegt werden. War ein solcher Tag nicht vereinbart, so sollte, nach wie vor, auf den Zeitpunkt der Litiscontestation gesehen werden.

Dieser Ansicht, die Gajus getheilt haben wird, war schon Sabinus, wie wir aus der jetzt gleich zu erörternden Stelle ersehen werden.

Zu Julian's Zeiten machte man sich bereits Gedanken dahin: ob außer der Litiscontestation nicht auch die Zeit des Contractsabschlusses oder des Urtheiles zu berücksichtigen sei.

fr. 22 R. C. 12, 1. — Julianus libro IV ex Minicio.

Vinum, quod mutuum datum erat, per judicem petitum est; quaesitum est, cujus temporis aestimatio fieret, utrum quum datum esset, an quum litem contestatus fuisset, an quum res judicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, (si dictum non esset, quanti tunc fuisset), quum petitum esset.

Was den Text anbetrifft, so sind die Worte „si dictum non esset, quanti tunc fuisset“ in der Mommsen'schen Pandektenausgabe auf Grund der Basiliken XXIII, 1, 22, ergänzt. In der Florentiner Handschrift fehlt dieser Satz. Die Ergänzung ist indes unbedenklich. In der Pariser Handschrift ist von alter Hand „si non quanti tunc esset“ hinzugefügt, und ebenso liest die Paduenser Handschrift.

Anlangend die Sache, so entscheidet sich Julian, unter Berufung auf Sabinus, dahin: daß nur auf die etwa verabredete Erfüllungszeit, oder in deren Ermangelung auf die Zeit der Litiscontestation Rücksicht genommen werden könne.

Julian ging aber noch etwas weiter, als Sabinus.

fr. 59 V. O. 45, 1. — Julianus libro LXXXVIII Digestorum.

Quoties in diem, vel sub conditione oleum quis stipulatur, ejus aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit; tunc enim ab eo peti potest, alioquin alias rei captio erit.

Hier stellt Julian den Eintritt einer Bedingung auf gleiche Stufe mit einer verabredeten Erfüllungszeit.

Die Stelle ist aus dem 88. Buche seiner Digesten. Nun wissen wir mit Bestimmtheit: daß Julian das 42. Buch seines Digestenwerkes erst nach dem Jahre 148 verfaßt hat [1]). Das 88. Buch wird vermuthlich noch jünger sein, und könnte möglicherweise auch jünger sein, als der Commentar zum Minicius. Unter dieser Voraussetzung hätten wir in unserm fr. 59 eine spätere Entwicklung der Julian'schen Ansicht vor uns.

Sehr zu beachten ist die Begründung: „denn dann kann von ihm gefordert werden, sonst wird auf andere Weise eine Benachtheiligung des Schuldners eintreten". Gehen wir diesem Julian'schen Gedanken einmal ein wenig nach.

Die Stipulation war allerdings eine einseitige Obligation. Aber wie heutzutage einer auf Lieferung von marktgängigen Waaren gerichteten Verpflichtung regelmäßig eine auf Geld gerichtete Verpflichtung entsprechen wird; so wird auch in Rom einer auf Lieferung von marktgängigen Waaren gerichteten Stipulation regelmäßig eine auf Geld gerichtete Stipulation entsprochen haben. Nun setze man einmal: der Abschluß der beiden sich entsprechenden Stipulationen habe am 10. November stattgefunden; der eine habe 100 Getreideeinheiten, der andere dafür 300 Geldeinheiten versprochen; die Lieferung des Ge-

---

[1]) Vgl. fr. 5 de manum. vind. 40, 2 und dazu **Fitting**, über das Alter der Schriften Römischer Juristen, S. 6.

treides sollte entweder bei Ankunft eines Schiffes aus Asien, oder an einem bestimmten Tage, z. B. den 10. December, Statt finden. Hier braucht sich der Getreideschuldner doch nicht eher um Getreide zu bemühen, als bis der 10. December da, oder das Schiff aus Asien angekommen ist. Und wenn dann die Getreideeinheit für 2 zu haben ist, hat er einen Gewinn von 100 Geldeinheiten gemacht. Ja, brauchte er sich denn überall um Getreide zu bemühen? Zu einer wirklichen Getreidelieferung konnte er gar nicht gezwungen werden, weil das Urtheil des Geschwornen immer auf Geld lautete. War es da nicht viel einfacher, wenn er seinem Gläubiger die 200 in Geld auszahlte, und diesem es überließ, sich sein Getreide zu kaufen, wo er es haben wollte, wenn er es überhaupt haben wollte? Andererseits hatte aber der Getreideschuldner seinem Getreidegläubiger gegenüber eine Geldforderung von 300. Wozu sollte man nun unnöthigerweise die 200 hin und her zahlen? War es da nicht noch weit einfacher, wenn sich der Getreideschuldner lediglich seinen Gewinn mit 100 auszahlen ließ?

So steckt denn in diesem Satz: daß bei strengrechtlichen Obligationen, wenn ein bestimmter Erfüllungstag verabredet, oder die Lieferung der marktgängigen Waare von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht ist, bei Abschätzung der Lieferung in Geld nicht auf den Zeitpunkt der Litiscontestation, sondern auf die verabredete Erfüllungszeit, oder den Eintritt der Bedingung gesehen werden müsse — das reine Differenzgeschäft. Und jetzt ist uns der Grund Julian's klar: alioquin alias rei captio erit. Denn hätte der Römische Geschworne in solchen Fällen auf den Zeitpunkt der Litiscontestation gesehen, so hätte man damit dem Getreidegläubiger die Befugnis eingeräumt, auf Kosten des Getreideschuldners speculiren zu können. Es hing ja ganz von ihm ab, wann er klagen wollte; also brauchte er mit der Klage nur so lange zu warten, bis wieder eine steigende Conjunctur eintrat; und so hätte er ja wieder den Getreideschuldner leicht um seinen Gewinn bringen können.

Und daß die Römer das Differenzgeschäft recht gut gekannt; daß wie die heutigen Getreidehändler nicht vom Differenzgeschäft lassen können, auch die Römer in dieser Weise Verdienst gesucht haben werden: ist um so wahrscheinlicher, als der Römische Getreidehandel hauptsächlich in den Händen reicher angesehener Großhändler war, die

besondere Privilegien genossen, und sich überhaupt mit den Kaisern gut zu stellen wußten [2]).

Aber, um zu unserer Stelle zurückzukehren, konnte nun nicht der Getreideschuldner wieder nach der Litiscontestation speculiren? Er versuchte, die Sache in die Länge zu ziehen, die Verurtheilung noch aufzuhalten; und nahm dann eine Oblation vor, wenn die Preise wieder heruntergegangen waren.

Von Haus aus stand dem Getreideschuldner eine derartige Befugnis gewiß nicht zu; denn ursprünglich berücksichtigte der Römische Geschworne bei strengrechtlichen Obligationen nach der Litiscontestation nicht einmal eine Erfüllung, viel weniger eine Oblation.

Freilich brachten Sabinus und Cassius den Satz auf „omnia judicia esse absolutoria“, welcher bezwecken sollte, daß der Geschworne ohne Ausnahme dann freizusprechen habe, si ante rem judicatam is, cum quo agitur, post acceptum judicium satis faciat actori [3]). Allein eine Oblation, die der Gläubiger zurückweist, ist noch kein satisfacere. Wir können kaum glauben: daß nach der Meinung des Sabinus und Cassius eine bloße Oblation zu einem freisprechenden Erkenntnisse ausgereicht haben sollte. Ja, es ist sogar sehr unwahrscheinlich: daß diese Rechtsgelehrten der bloßen Oblation nach der Litiscontestation bei den strengrechtlichen Obligationen schon irgend welche Beachtung sollten geschenkt haben. Der wissenschaftliche Fortschritt ist langsamer Natur; ein Sandkorn reiht sich immer an das andere. Erst als der Satz einigermaßen fest stand, daß bei strengrechtlichen Obligationen der Geschworne eine Zufriedenstellung des Gläubigers nach der Litiscontestation berücksichtigen müsse, konnte hier verständiger Weise die Frage auftauchen: in wie fern der Geschworne eine bloße Oblation nach der Litiscontestation zu beachten habe. Sabinus hat darüber schwerlich schon nachgedacht.

Und nur unter dieser Voraussetzung gewinnt der Rechtssatz, welcher gleichfalls auf Sabinus zurückgeführt wird, seine wahre Bedeutung: daß nämlich bei marktgängigen Waaren, die aus strengrechtlichen Obligationen geschuldet wurden, si dictum esset quo tempore redderetur,

---

[2]) Vgl. fr. 9, § 1, de vocatione 50, 5; fr. 5, § 3, de jure immunitatis 50, 6; Orelli, Inscriptiones 3093, 3331; Suetonius, Oct. 42; Suetonius, Claud. 18; Lampridius, Alex. Sev. 22; Forbiger, Rom im Zeitalter der Antonine, Leipzig 1871, S. 141.

[3]) Gaj. IV., 114.

quanti tunc fuisset (aestimatio fieret), si dictum non esset, quanti tunc fuisset, cum petitum esset[4]). Denn daß eine vom Beklagten nach der Litiscontestation vorgenommene Oblation der marktgängigen Waare irgendwie in Betracht kommen und der Schuldner in dieser Weise auf Kosten des Klägers speculiren könne: solche Betrachtungen lagen dem Sabinus vollständig ferne.

Freilich finden wir bei African den Satz: daß der Römische Geschworne bei strengrechtlichen Obligationen eine Oblation nach der Litiscontestation zu berücksichtigen habe[5]). Allein African hat einen Sclaven, keine marktgängige Waare vor Augen. Daß die Römischen Rechtsgelehrten bei marktgängigen Waaren eine Oblation nach der Litiscontestation hier auch dann als vollgültige Oblation sollten zugelassen haben, wenn die Preise mittlerweile gesunken waren, scheint kaum glaublich. Und da uns dieser Satz nirgends bezeugt wird, können wir seiner Unwahrscheinlichkeit wegen an dessen Existenz auch nicht glauben.

Ebensowenig werden aber die Römischen Rechtsgelehrten bei stipulirter bestimmter Erfüllungszeit eine Oblation der versprochenen marktgängigen Waare dann für vollgültig gehalten haben, wenn die Preise nach dem Stichtage herunter gegangen waren. Die Römischen Rechtsgelehrten hätten doch wahrlich seltsamen Sinnes sein müssen, wenn sie einerseits durch die Bestimmung, daß auf den Stichtag gesehen werden müsse, dem Speculationstreiben des Gläubigers mittelst Litiscontestation vorbeugen wollten; während sie andererseits dem Speculationstreiben des Schuldners mittelst Oblation Thür und Thor geöffnet hätten.

So kommen wir denn immer wieder darauf zurück: daß die Römischen Rechtsgelehrten die strengrechtlichen Obligationen, sofern sie auf marktgängige Waaren gerichtet waren, vom Gesichtspunkte des Differenzgeschäftes aus betrachtet haben. Und für diesen Satz liefert die in Frage stehende Stelle auch noch in anderer Weise einen Beleg.

Während nämlich in fr. 22 R. C. und fr. 4 de cond. trit. ausdrücklich vorausgesetzt wird, daß es zu einem Rechtsstreite gekommen sei, „per judicem petitum est“, „litem aestimandam“; ist in unserer Stelle ganz allgemein von einer Abschätzung „aestimatio“ die Rede. Und hierunter ist jedenfalls die außergerichtliche Abschätzung

---

4) fr. 22, R. C. 12, 1.

5) fr. 37, Mand. 17, 1. Siehe dazu oben S. 65.

mitbegriffen, wenn die Worte „tunc enim ab eo peti potest" nicht gar dazu nöthigen sollten, an dieselbe ausschließlich zu denken. Julian meint also: Contrahenten hätten bei ihrer Abrechnung den Preis zu Grunde zu legen, den Oel am Stichtage oder bei Eintritt der Bedingung gehabt hätte.

Im Schlußsatze erregen die Worte „alioquin alias" Bedenken. An einem von beiden hätte man offenbar genug gehabt; und eins von beiden wird ein Glossem sein. So hat denn auch die Kriegel'sche Ausgabe alias im Texte weggelassen. Th. Mommsen schlägt vor: alioquin alterius rei captio erit. Dann hätte man reus im allgemeinern Sinne von „Contrahent" zu nehmen, wir müßten den Schlußsatz dann übersetzen, „sonst wird es für einen der beiden Contrahenten von Nachtheil sein"; und Julian hätte nicht bloß ein Speculiren mittelst Litiscontestation bei steigender Conjunctur, sondern auch ein Speculiren mittelst Oblation bei sinkender Conjunctur in den Bereich seiner Betrachtungen gezogen. Allein bei dieser Aenderung würde „ab eo" im vorhergehenden Satze gar zu verlassen dastehen. Daß ich sonst aus sachlichen Gründen gegen diesen Mommsen'schen Vorschlag keine Einwendungen zu machen habe, bedarf nach dem Gesagten keiner Ausführung.

Wenden wir uns jetzt zu Ulpian, der noch weiter ging als Julian.

fr. 60, V. O. 45, 1. — Ulpianus.

> Idem erit, et si Capuae certum olei pondo dari quis stipulatus sit, nam ejus temporis fit aestimatio, quum peti potest; peti autem potest, quo primum in locum perveniri potest.

Statt certum ist wohl mit Brencmann centum zu lesen.

Statt quo primum schlägt Th. Mommsen cum primum vor.

Anlangend die Sache, so ist hier die Lieferung nicht etwa von Ankunft eines bestimmten Schiffes in Capua abhängig gemacht, der Schuldner hat vielmehr allgemein versprochen, in Capua zu liefern; also wenn der Transport zur See beschafft werden mußte, die Seegefahr übernommen. Die Lieferungszeit ist eine mehr unbestimmte; es ist dann zu liefern, wenn der Transport hätte beschafft sein können. Auch bei mehr unbestimmter Lieferungszeit soll also nach Ulpian diese Zeit bei Abschätzung der Lieferung zu Grunde gelegt, und nicht auf den Zeitpunkt der Litiscontestation gesehen werden.

Ueberhaupt wird unter zu Grunde Legung dieser Ulpian'schen

Ansicht bei Lieferungsgeschäften der fraglichen Art die Litiscontestation als Schätzungszeitpunkt nur noch wenig in Betracht gekommen sein. Unserer Mahnung geschieht hier nirgends Erwähnung.

Eine Besonderheit galt für den Fall, wenn ein fidejussor hinzutrat. Hierüber sagt African in fr. 22, O. et A. 44, 7.

> Quum quis in diem mercem stipulatus fidejussorem accepit, ejus temporis aestimatio spectanda est, quo satis acceperit.

Man setze, der Hauptschuldner habe versprochen, die marktgängige Waare am 11. November zu liefern. Wann tritt nun der fidejussor hinzu: vor oder nach dem 11. November?

Wäre der Bürge vor dem 11. November hinzugetreten, so hätte er jedenfalls nicht ohne dies versprechen, d. h. so versprechen können, daß er sofort liefere[6]); denn dann wäre die fidejussio ungültig gewesen, da ein fidejussor nicht in duriorem causam angenommen werden konnte[7]).

Er hätte aber eine Bürgschaft in diem eingehen können, und zwar entweder so, daß dieser dies derselbe, wie für den Hauptschuldner, oder ein späterer gewesen wäre.

Diese Annahme wäre an sich möglich. Es ist mir aber zweifelhaft, ob African einen derartigen Fall vor Augen hatte. Denn dieser Fall wurde meines Erachtens von der allgemeinen Regel mit ergriffen, daß bei einer Stipulation mit dies bei der Schätzung eben dieser dies zu Grunde zu legen sei.

So werden wir denn anzunehmen haben, daß der fidejussor erst nach dem 11. November hinzutrat, und zwar ohne daß ein bestimmter Erfüllungstag verabredet wäre. Denken wir uns also eine fidejussio, etwa von folgender Fassung: mille modios tritici, quos a Lucio Titio stipulatus sum, fide tua esse jubes. Hier konnte man allerdings zweifelhaft sein, nach welchem Tage die Schätzung dem Bürgen gegenüber vorgenommen werden sollte. Etwa nach dem Tage, an welchem der Hauptschuldner die Erfüllung versprochen hatte? Allein man setze: daß das Getreide an dem Tage, an welchem die Bürgschaft abgeschlossen wurde, einen weit niedrigern Preis hatte. Und einen höhern Preis können wir nicht gut annehmen, weil dann nach der Entscheidung African's die Lage des fidejussor sich als die härtere herausgestellt hätte. Bei Annahme eines niedrigeren Preises wäre

---

6) fr. 41, § 1, V. O. 45, 1; fr. 14, R. J. 50, 17.

7) fr. 8, § 7; fr. 16, § 5, de fidej. 46, 1.

aber der fidejussor jedenfalls viel billiger davon gekommen, wenn er sofort dem Gläubiger die Leistung in natura angeboten. Konnte es also wohl seine Absicht gewesen sein, für den höheren Betrag, den der Hauptschuldner schuldete, aufkommen zu wollen? Warum wählte denn aber African nicht den Zeitpunkt der Litiscontestation? Gegen diesen Zeitpunkt erheben sich folgende Bedenken. Der Bürge war einer Hauptschuld hinzugetreten, die einen ganz bestimmten Geldwerth repräsentirte. Hätte man nun dem Bürgen gegenüber die Litiscontestation als Schätzungszeitpunkt in Anwendung bringen wollen; so hätte es ja dem Gläubiger frei gestanden, auf Kosten des Bürgen zu speculiren, indem es ganz von ihm abhing, wann er ihn belangen wollte. Die Lage des Bürgen wäre also in dieser Beziehung eine härtere gewesen, als die des Hauptschuldners. Beiden Einwendungen geht African nun dadurch aus dem Wege, daß er dem Bürgen gegenüber die Zeit des Bürgschaftsabschlusses als Schätzungszeit in Betracht zieht. Denn diesen Zeitpunkt haben wir unter dem „ejus temporis — quo satis acceperit" zu verstehen. Cohnfeldt[8]) meint freilich, es sei auch mit dem Bürgen ein Erfüllungstag ausdrücklich vereinbart. Allein auf diese Weise wird etwas in die Stelle getragen, wovon sie nichts enthält: denn dann hätte man etwa erwartet „fidejussorem in diem accepit"; und das „in diem" vor „mercem" wäre mindestens überflüssig gewesen. Die Stelle gehört übrigens zu den bestrittensten[9]).

Statt Contrahenten, wie wir sie bisher vor Augen haben mußten, die ängstlich auf den Erfüllungstag lauern, denen schwimmende Ladungen vielleicht unruhige Nächte verursachen, denke man sich nun einmal einen Getreidegläubiger mehr hausbackener Natur, etwa jemand, qui paterna rura bobus exercet suis; es ist demselben vielleicht um Saatkorn, oder um Hafer für seine Pferde zu thun; derselbe hat auch nicht die Form der Stipulation gewählt, in der die Römer vorzugsweise ihre Differenzgeschäfte werden abgewickelt haben, sondern ein gutgläubiges Kaufgeschäft abgeschlossen.

fr. 21, § 3, A. E. V. 19, 1. — Paulus.

Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si

---

[8]) Interesse, S. 30.

[9]) Vgl. Schulting in seinen notae ad digesta zu dieser Stelle und Glück, Commentar, Bd. 13, S. 279—282.

potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur; nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit; merito, quia, sive datum esset, haberem emtor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.

Das quoniam im Schlußsatze will Th. Mommsen streichen. Mir will es eher vorkommen, als ob hier eine Lücke, als ob zwischen sive non und quoniam etwa emptori dandum est einzuschalten wäre.

Was Paulus sich eigentlich unter der utilitas quae modo circa ipsam rem consistit, gedacht haben mag, ist nicht recht klar. Wir begegnen diesem Begriffe freilich auch sonst bei ihm [10]).

Weiter mag bemerkt werden: daß der von Paulus angeführte Grund „nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur" für das heutige Recht nicht mehr paßt. Denn heutzutage geht sowohl das Urtheil, wie der Executionszwang regelmäßig auf die Sache selber.

Uebrigens kann man Paulus bereitwillig einräumen: daß der Gesichtspunkt einer bloßen Verkaufsmöglichkeit zum Interessebegriff nicht ausreicht. Vollends wenn man etwa an einen Landmann denkt, der sich Saatkorn bestellt hat. Wie kann dieser an zu rechnen fangen wollen: zu dem Marktpreise vom so und so vielten hätte ich verdienen können so und so viel u. s. w.? Er wollte das Getreide ja ausgesprochenermaßen zur Saat haben.

Ebenso wenig wird derselbe geltend machen können: daß seine Pferde verhungert seien, weil der bestellte Hafer nicht rechtzeitig geliefert wäre. Er hätte sich ja nur andern Hafer kaufen können.

Und dieser Umstand, daß marktgängige Waaren immer für Geld zu haben sind, bewirkt: daß dem Interessebegriff bei Obligationen dieser Art überhaupt kein sehr ergiebiges Feld geöffnet ist. Bieten doch Obligationen auf Sachleistungen anderer Art in dieser Beziehung Gelegenheit zu Rechenexempeln ganz anderer Art. Man setze z. B., ein

---

10) fr. 21, de her. vel act. vend. 18, 4, vba.: pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur.

verpachtetes Gut werde nicht rechtzeitig überliefert. Hier wird ganz anders gerechnet, denn preiswürdige Pachtungen sind nicht alle Tage zu haben.

Daß es am natürlichsten sei, unsere Stelle auf eine Mahnung zu beziehen, wurde schon anderweitig bemerkt[11]).

Bei gutgläubigen Obligationen war als Zeitpunkt der Schätzung von Haus aus der Zeitpunkt des Urtheils gegeben. Da nun Paulus für den Fall einer Mahnung in dieser Stelle zu demselben Ergebnisse kommt, so möchte man meinen: daß die Mahnung in dieser Beziehung völlig wirkungslos sei.

Allein andererseits war, wie wir gesehen haben[12]), dieser Zeitpunkt hier schon von Anfang an jedenfalls nicht ausschließlich maßgebend gewesen. Auch war die betreffende Rechtsregel, die ihn feststellte, im Laufe der Zeit so sehr unterhöhlt worden, daß die Frage allerdings auftauchen konnte: wie es sich mit dem Zeitpunkte der Schätzung bei gutgläubigen Obligationen, wo es sich um marktgängige Waaren handle, eigentlich verhalte. Und insofern kann man allerdings von einer Wirkung der Mahnung sprechen, wenn Paulus den Satz aufstellt: daß trotz steigender Conjunctur auf den Zeitpunkt, wo das Urtheil zu sprechen, zu sehen sei.

Aus der Begründung seiner Entscheidung geht hervor, daß Paulus sich einen Käufer denkt, der behalten hätte, also keinen der Differenzgeschäfte beabsichtigte.

Zu beachten sind auch die Worte „nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit.“ Sollte am Ende Paulus bei seiner utilitas, quae modo circa ipsam rem consistit, weiter nichts im Sinne gehabt haben, als dieses crescere, diese Preissteigerung? Bekanntlich ist über dies circa rem seit Alters her lebhaft gestritten[13]).

Paulus dachte sich die Conjunctur als steigend, wie war es nun bei sinkender Conjunctur? Hier wäre man zu einem eigenthümlichen Resultate gekommen, wenn man einem gemahnten Schuldner gegenüber ebenfalls die Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, als Schätzungszeit festgehalten hätte. Man denke sich, es hätte jemand am 10. November 100 Getreideeinheiten für 300 Geldeinheiten verkauft; zur Zeit, wo das Urtheil zu sprechen, sei aber das Getreide nur 200 werth: wenn

---

[11]) Vgl. oben, Bd. I., § 11, S. 95.

[12]) Siehe oben, § 64, S. 34.

[13]) Siehe Cohnfeldt, Interesse, S. 10—14.

jetzt der Römische Geschworne den Verkäufer in 200 hätte verurtheilen müssen, so hätte derselbe bei seiner Nichtbeachtung der Mahnung ja 100 verdient. Welchen Ausweg man hier fand, gibt uns Pomponius in folgender Stelle an.

fr. 3, § 3, A. E. V. 19, 1.

> Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.

In solchen Fällen soll also der Römische Geschworne zwischen zwei Zeitpunkten, dem des Contractsabschlusses und dem des Urtheils, wählen, und den Zeitpunkt, wo der Preis der höhere war, bei seiner Verurtheilung zu Grunde legen.

Auf diese Weise war jedenfalls unmöglich gemacht, daß der Schuldner trotz Nichtbeachtung der Mahnung von seinem Kaufgeschäfte Vortheil hatte.

Quo sc. tempore venit ist die Zeit des Kaufabschlusses. Mommsen[14]) meint freilich:

> „Da Pomponius jedoch in der L. 3, § 3, D. cit., wie aus den Anfangsworten derselben hervorgeht, nur die Folgen der Mora darstellen will, so können wir nicht daran zweifeln, daß die angeführten Worte nur ein ungenauer Ausdruck für die Zeit des Beginns der Mora sind."

und stellt demgemäß den Satz auf:

> „daß der Gläubiger den höheren Werth, den der Gegenstand der Obligation zur Zeit des Eintritts der Mora hatte, in Anspruch nehmen kann."

Allein das wäre einentheils eine seltsame Ungenauigkeit, und andererseits wäre auf diese Weise dem Gläubiger unter Umständen eine sehr gefährliche Waffe gegen seinen Schuldner in die Hände gegeben. Er könnte dann fortwährend auf dessen Kosten speculiren. Er könnte sich gerade einen solchen Tag für seine Mahnung wählen, wo die Preise recht hoch ständen. Könnte zu verschiedenen Zeiten Mahnungen vornehmen, und sich dann die Mahnung aussuchen, welche ihm am vortheilhaftesten wäre.

Seltsam ist auch die eigentliche Begründung, welche Mommsen

---

[14]) a. a. O., S. 207.

bringt. Weil Pomponius die Folgen der Mahnung darstellen wolle, so müsse der fragliche Ausdruck auf den Zeitpunkt der Mahnung gehen. Als ob eine andere Wirkung der Mahnung hier gar nicht gedenkbar wäre!

Cohnfeldt[15]) meint: das tempus quo venit bedeute nach Römischem Sprachgebrauche nicht die Zeit des Vertragsschlusses, sondern eine ausdrückliche Zeitbestimmung. Allein wir haben es hier gar nicht mit einem tempus quo venit zu thun. Zu quo venit ist offenbar tempore zu ergänzen. Und wie quo tempore venit etwas anders bedeuten könne, als „zur Zeit, wo der Kauf abgeschlossen wird", ist mir nicht recht klar. Jedenfalls ist das von Cohnfeldt beigebrachte fr. 22 O. et A. 44, 7, womit wir uns bereits oben S. 76, 77 beschäftigt haben, nicht beweisend. Und wenn Cohnfeldt sich gar zu der Behauptung hinreißen läßt: daß die bloße Zeit des Vertragsabschlusses überhaupt rechtlich gleichgültig sei — so sind wir von der Grundlosigkeit einer derartigen Behauptung gewiß schon von selber überzeugt, ohne daß wir das dafür angeführte fr. 12 § 1 depositi 16, 3, erst nachzulesen brauchten.

So gelangen wir denn für das Römische Recht zu folgendem Ergebnis.

Bei den strengrechtlichen Obligationen wurde anfangs, wo es sich um Abschätzung marktgängiger Waaren handelte, ebenfalls auf den Zeitpunkt der Litiscontestation gesehen. Bereits Sabinus machte indes für den Fall eine Ausnahme, wenn ein bestimmter Erfüllungstag verabredet worden: dann sollte der Preis dieses Tages zu Grunde gelegt werden. Julian stellte den Eintritt einer Bedingung auf gleiche Stufe mit einer verabredeten Erfüllungszeit. Noch weiter ging Ulpian, der auch bei mehr unbestimmter Lieferungszeit diese Zeit bei der Schätzung zu Grunde gelegt wissen wollte; wodurch die Litiscontestation als Schätzungszeitpunkt sehr in den Hintergrund gedrängt wurde. Unserer Mahnung geschieht hier nirgends Erwähnung. Eine Besonderheit galt, wenn einer strengrechtlichen Obligation mit bestimmter Erfüllungszeit ein fidejussor hinzutrat. War mit diesem fidejussor keine bestimmte Erfüllungszeit verabredet, so sollte ihm gegenüber bei der Schätzung die Zeit der Bürgschaftsübernahme zu Grunde gelegt werden.

---

[15]) Interesse, S. 256.

Bei den gutgläubigen Obligationen hatte eine Nichtbeachtung der Mahnung die Wirkung: daß der Geschworne in den Werth verurtheilen mußte, der zur Zeit des Vertragsabschlusses oder des Urtheils der höhere war.

Wir befinden uns hier übrigens bei Erörterung von Fragen, welche von Alters her zu den bestrittensten gehören [16]). Dreierlei Dinge sind es besonders, die man hier unter einander gemengt hat: die sachliche Werthänderung, die bloße Preisänderung und den Interessebegriff. Und von der Vermengung dieses Dreierlei haben sich auch die beiden neuesten Schriftsteller, Mommsen [17]) und Cohnfeldt [18]), nicht frei gehalten.

Daß die Römer die bloße Preisänderung von einem ganz andern Gesichtspunkte aus aufgefaßt, als die sachliche Werthänderung, davon werden wir uns nunmehr hinlänglich überzeugt haben. Jetzt wäre noch darauf hinzuweisen, daß es sich hier um ganz andere Dinge handelt, als um den Interessebegriff.

Dies leuchtet zunächst leicht bei der sachlichen Werthbesserung ein. Denn soweit dem Gläubiger die sachliche Werthbesserung, welche nach der Mahnung eintritt, zu gute kommt, erhält er ja nicht das, was er gehabt hätte; sondern jedenfalls bei der durch Thätigkeit des Schuldners herbeigeführten Werthbesserung entschieden mehr.

Aber auch bei marktgängigen Waaren decken sich die Bestimmungen über den Schätzungszeitpunkt keineswegs mit dem Interessebegriff. Denn wenn z. B. der Römische Geschworne bei fallender Conjunctur auf den Zeitpunkt des Kaufabschlusses zu sehen hatte, und man sich denkt, daß der Käufer behalten haben würde; so erhält er ebenfalls mehr, als er gehabt hätte. Andererseits kann es aber auch sein, daß die Bestimmungen über den Schätzungszeitpunkt den Vermögensunterschied lange nicht ausgleichen. Z. B. der Gläubiger, der vom gemahnten Schuldner im Stich gelassen wurde, „kann nun seinem Käufer die versprochene Lieferung nicht machen, haftet diesem wegen des Interesse, vielleicht sogar über die Wirklichkeit hinaus, weil er eine Conventionalstrafe verwirkt, und ihm entgeht der Gewinn, den er durch Erfüllung dieses seines vielleicht ungewöhnlich vortheilhaften Verkaufes gemacht hätte“ [19]).

---

[16]) Vgl. v. Madai a. a. O. § 48; Cohnfeldt a. a. O. § 4.

[17]) a. a. O. S. 203—213.

[18]) a. a. O. S. 247—258.

[19]) Thöl, Handelsrecht, 4. Auflage, Bd. I, § 87, Anm. 2.

Abgesehen von Vermengung dieses Dreierlei haben wir indes noch ein anderes Ungemach zu bekämpfen. Man hat die fraglichen Bestimmungen des Römischen Rechtes viel zu bereitwillig angewandt und für heutiges Recht ausgegeben, ohne gehörig zu prüfen: ob nicht heutige Rechtssätze vorhanden seien, zu denen diese Römischen Bestimmungen, so wie sie im Corpus juris stehen, gar nicht passen. So sagt z. B. v. Savigny[20]):

„Zwei Regeln sind es, welche ihre practische Bedeutung für uns verloren haben: die eigenthümliche Behandlung der strengen Klagen, weil wir solche nicht mehr haben; imgleichen die für die Delictsklagen aufgestellten Regeln, weil auch diese für uns verschwunden sind. Alles Uebrige, also der bei weitem größte Theil der über die Schätzungszeit aufgestellten Regeln, ist für uns völlig eben so anwendbar, wie er es im R. R. war."

Allein diese Ansicht bedarf einer nähern Prüfung. Wie es sich mit der sachlichen Werthbesserung heutzutage verhält: habe ich bereits angegeben. So bleibt noch zu untersuchen: welche Bewandtnis es heutzutage mit den Römisch-rechtlichen Bestimmungen über den Zeitpunkt der Schätzung bei Verpflichtungen in Bezug auf marktgängige Waaren habe. Hiervon im folgenden Paragraphen.

§ 69.

Zeitpunkt der Schätzung. — Schluß.

Die beiden Schätzungszeitpunkte, welche den Römern von Haus aus gegeben waren, der der Litiscontestation und des Urtheils, hängen auf's innigste mit dem Römischen Proceßrecht zusammen, da sie das Zeitgebiet des Römischen Geschwornen, der die Schätzung vorzunehmen hatte, abgrenzten. Das Zeitgebiet des heutigen Richters ist nicht so eng begrenzt, wie das des Römischen Geschwornen von Haus aus war. Namentlich hat ein heutiger Richter eine obligatorische Verpflichtung von ihrer Entstehung bis zu ihrer Erfüllung zu verfolgen, weshalb die beiden Schätzungszeitpunkte, Litiscontestation und Urtheil, heute kaum brauchbar sein dürften.

Dazu kommt, daß der heutige Richter, wenn auf eine Sachleistung geklagt ist, in diese verurtheilen muß, also zunächst gar nichts

---

[20]) System, Bd. VI, S. 215, 216.

in Geld abzuschätzen hat; und daß einem Gläubiger, dem eine Sachleistung geschuldet wird, so ohne weiteres gar nichts anders fordern darf.

Dann wäre die Sache ja aber wohl höchst einfach: der Gläubiger hat die ihm geschuldete marktgängige Waare zu fordern, und der Richter dem Klagegesuch gemäß zu verurtheilen.

Allein wenn man einem Gläubiger, dem marktgängige Waaren geschuldet werden, keine weiteren Befugnisse zugestehen wollte, könnte derselbe doch in eine höchst unangenehme Lage kommen: denn es handelt sich hier um Sachen, die gewaltigen Preisschwankungen unterworfen sind. Eine Sachleistung, die 1000 werth ist im Augenblicke, wo der Proceß beginnt, kann im Augenblick des Urtheils vielleicht für den halben Preis zu haben sein.

Fassen wir zunächst einmal den Fall in's Auge, wenn eine mehr oder weniger bestimmte Lieferungszeit verabredet worden. Man denke sich z. B. einen Gläubiger, der am 15. November 100 Getreideeinheiten für 200 gekauft hat, und dem diese Getreideeinheiten am 15. December zu liefern waren, wo sie 300 kosten. Dieser Käufer hat doch seine 100 Geldeinheiten verdient: denn wenn der Verkäufer am 15. December, wie ihm oblag, geliefert hätte, so hätte der Käufer für 300 verkaufen können. Es muß also doch Mittel und Wege geben, welche einem solchen Gläubiger zu seinem Verdienste verhelfen.

Wir werden demnach die einschlagenden Römisch-rechtlichen Bestimmungen, obwohl sie sich nur auf strengrechtliche Obligationen beziehen, sofern sie dem Gläubiger dies möglich machen, heutzutage ruhig anwenden können. Freilich konnte nach Römischem Rechte der Schuldner zur Sachleistung gar nicht gezwungen werden. Das ist heutzutage anders. Heutzutage kann der Gläubiger auch auf die Sachleistung selber klagen. Daneben steht es aber dem Käufer von marktgängigen Waaren unter Umständen frei, die Differenz zu fordern: nämlich in allen den Fällen, in welchen er berechtigt wäre, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu liquidiren [1]). Sein Interesse „kann sich zwar höher belaufen wegen besonderer Umstände, welche dann bewiesen werden müssen, aber seinem Willen, es auf die Differenz zu beschränken, steht nichts entgegen. Dieses Interesse ist lediglich durch den Marktpreis der Waare zur Zeit, wo sie geliefert werden sollte, begründet. Der

---

[1]) Vgl. H. G. B. Art. 357, Abs. 3 und unten § 91.

Käufer entbehrt zu dieser Zeit der Waare, und damit des Werthes derselben, den der Marktpreis ausweiset. Er hätte, zu Geld die Waare angeschlagen, diesen Werth in Händen gehabt, und dies genügt, damit er diesen fordern darf. Der Käufer kann also als Interesse die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem höhern Marktpreise der Lieferungszeit fordern" [2]).

Dies gilt auch nicht bloß da, wo ein bestimmter Lieferungstag verabredet, sondern ebenso gut vom Eintritt einer Bedingung. Es seien z. B. am 15. November 100 Getreideeinheiten für 200 gekauft unter der Bedingung, daß das Schiff Aeolus in London ankomme, und zu liefern bei Ankunft dieses Schiffes. Wenn dann das Schiff am 15. December in London ankommt, bezw. hätte ankommen müssen; so gilt ganz dasselbe, als wenn der 15. December als Lieferungstag verabredet wäre.

Dies gilt ferner da, wo die verabredete Lieferungszeit mehr unbestimmter Natur ist. Z. B. ein Landmann hat am 15. November 100 Getreideeinheiten an einen Kaufmann für 200 verkauft, zu liefern, sobald das Getreide gedroschen worden. Wenn dieser Getreidedrusch am 15. December hätte beschafft sein können, so ist es in der hier fraglichen Beziehung gerade so, als ob der 15. December als Lieferungstag wäre verabredet worden.

Mommsen [3]) will die einschlägigen Römisch-rechtlichen Bestimmungen nur gelten lassen, so weit sie sich auf einen bestimmt verabredeten Erfüllungstag beziehen; dagegen hält er fr. 59 und 60 V. O. 45, 1, heutzutage nicht mehr für anwendbar. Das ist durchaus willkürlich.

Jetzt wären fr. 21 § 3 und fr. 3 § 3 A. E. V. 19, 1, in's Auge zu fassen.

Da für den Fall schon gesorgt scheint, wo eine mehr oder weniger bestimmte Lieferungszeit verabredet ist, und der Käufer statt seines Interesse die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem höhern Marktpreise der Lieferungszeit fordern kann; so bleiben noch die Fälle zu berücksichtigen, wo der Käufer eine solche Differenz entweder nicht einklagen will, oder nicht einklagen kann. Also der Käufer bestehe auf Lieferung.

---

[2]) So Thöl, Handelsrecht, 4. Auflage, Bd. I, § 87. — Seuffert's Archiv, Bd. I, Nr. 44; Bd. IV, Nr. 22; Bd. XI, Nr. 141; Bd. XVIII, Nr. 219.

[3]) a. a. O. S. 212, 213.

Eine buchstäbliche Anwendung der beiden in Fragen stehenden Stellen ist freilich heutzutage nicht möglich; aber eine Entscheidung, die dem Grundgedanken, auf welchem fr. 21 § 3 A. E. V. beruht, entspräche, ergibt sich bei steigender Conjunctur gleichsam von selber. Der Verkäufer wird trotz steigender Preise zur Leistung der verkauften Waare verurtheilt, quoniam saltem hodie dandum est quod jam olim dari oportuit. Nur der Unterschied findet heutzutage Statt: daß der Gläubiger nicht den Geldwerth, sondern den Sachwerth erhält; und auch nicht den Werth zur Zeit des Urtheils, sondern zur Zeit der Erfüllung.

Wie steht es indes um fr. 3 § 3 A. E. V. Windscheid[4]) meint: die hier getroffene Bestimmung habe mit der Nothwendigkeit der Geldcondemnation alle Grundlage verloren, und sei deshalb heutzutage unanwendbar. Das ist indessen kaum richtig. Wir haben es hier nicht mit einer einfachen Geldcondemnation zu thun, an deren Stelle heutzutage die Verurtheilung auf die Sachleistung getreten ist; sondern mit einer Eigenthümlichkeit neben der Geldcondemnation. Die Römer haben offenbar das Bedürfnis empfunden, die marktgängigen Waaren in dieser Beziehung anders als andere Sachen zu behandeln. Es entsteht daher die Frage: ob bei uns ein ähnliches Bedürfnis vorhanden ist, und in welcher Weise heutzutage dem Römischen Gedanken Ausdruck gegeben werden kann.

Was nun die Bedürfnisfrage anbetrifft, so werden wir uns in dieser Beziehung leicht verständigen können. Marktgängige Waaren müssen deshalb anders als andere Sachen behandelt werden, weil sie im Preise sinken können; und auf diese Weise die Möglichkeit gegeben ist, daß der Schuldner auf Kosten des Gläubigers speculirt. Dieser Möglichkeit muß vorgebeugt werden; dem Gläubiger muß die Befugnis zustehen, einem säumigen Schuldner zu erklären: hättest du früher geliefert, würde ich so und so viel gehabt haben. Es kommt also nur darauf an, den Zeitpunkt dieses Früher näher zu bestimmen.

Nun heißt es in unserer Stelle ganz allgemein: si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet. Es ist durch nichts angedeutet, daß eine spätere Lieferungszeit, sei es mehr oder weniger bestimmt, verabredet worden. Und hätte Pomponius einen solchen Fall vor Augen gehabt, so wäre es auffallend gewesen, wenn er hier=

---

4) Pandekten, Bd. II, § 280, Anm. 20.

von nichts gesagt hätte. Wir werden uns also den Fall so zu denken haben, daß der Käufer gleich nach Abschluß des Kaufes fordern konnte, daß er mahnte, diese Mahnung aber vom Verkäufer nicht beachtet wurde.

Vielleicht hätte man erwartet, daß in einem solchen Falle auf den Zeitpunkt der Mahnung gesehen wäre. Allein dann hätte ja wieder der Käufer auf Kosten des Verkäufers speculiren können. So gelangen wir denn an den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, als den Zeitpunkt, von wo an der Käufer fordern konnte; und erhalten folgenden Satz: ist beim Verkauf einer marktgängigen Waare eine mehr oder weniger bestimmte Lieferungszeit nicht verabredet, so hat, falls der Verkäufer eine Mahnung nicht beachtet, der Käufer zwischen den Preisen zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung die Wahl. Denn die Zeit der Erfüllung tritt heutzutage an die Stelle der Urtheilszeit. Zu dem ist ja bei außergerichtlicher Abwickelung gar keine Urtheilszeit vorhanden.

Und diesem Gedanken processualische Gestalt zu geben, ist auch gar so schwer nicht. Es handle sich um 100 Scheffel Weizen. Hier muß der Gläubiger sein Klagegesuch so einrichten: löbliches Gericht wolle den Beklagten in die 100 Scheffel Weizen, sowie beim Eintritt sinkender Conjunctur in die Differenz der Preise zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung verurtheilen.

Dem Gläubiger steht aber ein noch weit einfacheres Mittel zu Gebote.

Wenn nämlich jemand z. B. am 15. November 100 Scheffel Weizen in der Weise verkauft, daß Käufer jeder Zeit zu fordern berechtigt ist; so werden bei einem solchen Kaufgeschäfte selbstredend die Marktpreise des 15. November zu Grunde gelegt. Nun denke man sich einmal, eine Mahnung sei nicht beachtet, und eine sinkende Conjunctur eingetreten. Der Gläubiger hat die Wahl zwischen dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses und der Erfüllung. Bei sinkender Conjunctur wird er natürlich den ersteren Zeitpunkt wählen. Und sollte er zur Ausübung einer derartigen Befugnis überall einer Klage bedürfen? Jedenfalls dann nicht, wenn er den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat. Er kann hier einfach erklären: ich betrachte den Handel als nicht abgeschlossen; denn darauf läuft die Sache ja schließlich doch hinaus. Und hat er den Kaufpreis bereits bezahlt, so muß es ihm frei stehen, sich diesen mit Mahnungszinsen zurückzufordern.

Jetzt wäre noch der Fall zu erörtern, wo eine mehr oder weniger

bestimmte Erfüllungszeit verabredet ist, und eine sinkende Conjunctur eintritt, der Käufer also nicht in der Lage ist, eine Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Marktpreise der Lieferungszeit zu fordern. Hier wird man vom Standpunkte des gemeinen Rechts kaum sagen dürfen: daß der Gläubiger, bei Nichtbeachtung der Mahnung, oder sofern die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" Platz greift, unter allen Umständen berechtigt sei, den Handel als nicht geschlossen zu betrachten [5]). Jedenfalls steht es ihm frei, die Sachleistung zu verlangen. Ferner muß er Anspruch auf Schutz haben, falls die sinkende Conjunctur nach der verabredeten Erfüllungszeit fortdauern sollte, d. h. er kann bei fortdauernder sinkender Conjunctur die Differenz der Preise zur verabredeten und zur wirklichen Erfüllungszeit beanspruchen [6]).

Schließlich müssen wir uns noch den heutigen Bürgen betrachten [7]).

Wenn ein Bürge gleich bei Abschluß des Geschäftes hinzutritt, so wird man anzunehmen haben: daß das Schicksal der Hauptobligation in der hier fraglichen Beziehung auch die Bürgschaftsobligation treffe, sofern nichts anders vereinbart.

Und ebenso wird eine an den Bürgen gerichtete Mahnung heutzutage die nämlichen Wirkungen äußern müssen, wie sie sie unter gleichen Verhältnissen dem Hauptschuldner gegenüber gehabt hätte.

Dies letztere auch dann, wenn der Bürge später hinzutritt.

Ob aber beim spätern Hinzutritte des Bürgen die Schicksale der Hauptobligation ihn ohne weiteres treffen, ist eine Frage der Auslegung.

Man setze z. B.: am 16. November verspricht der Hauptschuldner eine Lieferung von 100 Getreideeinheiten zum 16. December. Am 1. December tritt der Bürge hinzu. Hier wird man anzunehmen haben, daß das Schicksal der Hauptobligation auch die Bürgschaftsobligation treffe.

Dagegen halte man folgenden Fall. Der Bürge trete erst am 1. Januar hinzu. Am 16. November seien die 100 Getreideeinheiten für 200 gekauft, am 16. December sei der Preis 300 gewesen, am 1. Januar aber wieder auf 250 gewichen. Hier kann der Sinn der Bürgschaft der sein, daß der Bürge lediglich die Differenz von 100

---

[5]) Vgl. über diese Frage unten § 87.

[6]) Seuffert's Archiv, Bd. 4, Nr. 21.

[7]) Vgl. Bd. I, S. 304.

zahlen soll. Wenn aber der Bürge ausdrücklich die Sachleistung verspricht, so ist dies im Zweifel nicht seine Absicht gewesen, und dann kann auch der Preis vom 16. December ihm gegenüber nicht zur Geltung gebracht werden. Man denke sich den Fall näher so. Es wird mit dem Bürgen keine Lieferungszeit verabredet, so daß also der Gläubiger jeden Tag fordern kann. Der Gläubiger hat gefordert, der Bürge die Mahnung nicht beachtet. Wenn dann der Gläubiger auf die Sachleistung klagt, so kann er bei sinkender Conjunctur nicht etwa die Differenz in den Preisen zwischen dem 16. December und der Zeit der wirklichen Erfüllung, sondern nur die Differenz in den Preisen zwischen dem 1. Januar und der Zeit der wirklichen Erfüllung daneben in Anspruch nehmen. Dasselbe nimmt ja auch, wie wir oben S. 76 gesehen haben, African in fr. 22 O. et A. an.

So sind wir denn zu folgenden Ergebnissen gelangt.

Eine steigende Conjunctur hindert den Gläubiger keineswegs, auf Sachleistung zu bestehen.

Er kann aber auch unter Umständen den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem höhern Marktpreise der Lieferungszeit fordern.

Bei sinkender Conjunctur hindert den Gläubiger ebenfalls nichts, auf Sachleistung zu bestehen. Er kann aber daneben den Unterschied in den Preisen zu der Zeit, wo die Erfüllung gefordert werden konnte, und zu der Zeit, wo sie wirklich erfolgte, beanspruchen.

Betrachten wir diese Wirkungen vom Interessestandpunkte aus, so werden wir sagen müssen: der Gläubiger erhält bald mehr, bald weniger, als er gehabt hätte. Der Interessebegriff steht zu diesen Wirkungen in einem ähnlichen Verhältnisse, wie zu den Mahnungszinsen. Auch die Mahnungszinsen bringen dem Gläubiger bald mehr, bald weniger ein, als ihm vom Interessestandpunkte aus zugekommen wäre. Die in Frage stehenden Wirkungen sind nicht das Interesse selber, sondern, ebenso wie die Mahnungszinsen, nur ein Surrogat des Interesse.

Und zur Schaffung eines solchen Surrogates war bei den Leistungen auf marktgängige Waaren ebenso gut ein Bedürfnis vorhanden, wie bei den Geldleistungen. Denn die Leistungen auf marktgängige Waaren sind, ebenso wie die Geldleistungen, für den Interessebegriff ein schwieriges Gebiet. Was würde der Gläubiger gehabt haben, wenn der geschuldete Weizen rechtzeitig geliefert wäre? Oft wird er es selber kaum wissen. Und selbst wo er im Stande ist, sein Interesse nachzuweisen, wird er häufig davon abstehen; weil er nicht Lust hat, alle

die hierbei in Betracht kommenden Verhältnisse in's einzelne darzulegen.

Vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus kann man namentlich angesichts fr. 21 § 3 A. E. V. [8]), darüber zweifelhaft sein: ob es dem Gläubiger frei steht, neben dem Surrogat ein höheres Interesse in Anspruch zu nehmen; oder ob es sich hier ebenso verhält, wie bei den Mahnungszinsen [9]).

Für das heutige Recht sind diese Zweifel jedenfalls durch den Reichsdeputationsabschied vom Jahre 1600 § 139 beseitigt. Denn wenn es hiernach einem Gläubiger freisteht, bei Geldschulden „sein ganz Interesse zu deduciren"; so wird man ihm diese Befugnis bei Leistungen auf marktgängige Waaren ebenso wenig versagen dürfen [10]).

Nun stellt sich der Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem höhern Marktpreise der Lieferungszeit als ein Interesse-Surrogat für Nichterfüllung dar. Dagegen der Unterschied in den Preisen zu der Zeit, wo die Erfüllung gefordert werden konnte, und zu der Zeit, wo sie wirklich erfolgte, bei sinkender Conjunctur neben der Sachleistung, erscheint als ein Interesse-Surrogat wegen verspäteter Erfüllung. Gestatten wir nun dem Gläubiger, statt diese Interesse-Surrogate in Anspruch zu nehmen, „sein ganz Interesse zu deduciren"; so muß er im einen Falle: die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen — im andern hingegen: statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.

Endlich wäre zu beachten: daß nicht bloß marktgängige Waaren, sondern auch andere Sachen, z. B. Grundstücke [11]), Preisschwankungen unterworfen sind. Für diese andern Sachen hat indes das Römische Recht in dieser Beziehung keine besondern Bestimmungen aufgestellt. Hier scheint auch ein derartiges Bedürfnis nicht obzuwalten, da hier die Preisschwankungen einerseits lange nicht so häufig und so plötzlich sind; und es sich andererseits meistens nicht um Quantitäten, sondern um einzelne ganz bestimmte Sachen handeln wird. Hier findet also die Preisschwankung zum Nachtheil oder Vortheil des Gläubigers Statt.

Andererseits kann freilich auch eine marktgängige Waare nicht

---

[8]) Vgl. auch c. 12 A. E. V. 4, 49.

[9]) fr. 19 de per. et com. 18, 6.

[10]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 18, Nr. 219, unter 1).

[11]) Vgl. fr. 7 § 3 de don. i. v. et u. 24, 1.

bloß als Quantität, sondern als species in Betracht kommen. Es sei z. B. die Lieferung ganz bestimmter Säcke Getreide versprochen. Dieser Fall bietet allerdings insofern eine Eigenthümlichkeit dar, als hier auch von Haftung für Zufall die Rede sein kann. Anderntheils verliert aber die marktgängige Waare auf diese Weise keineswegs ihren Charakter als solche. In den Quellen wird dieses Falles nicht besonders gedacht.

Dies letztere Beispiel kann uns gleichzeitig den Unterschied zwischen den Begriffen Interesse und Interessesurrogat recht veranschaulichen. Man setze: es seien 100 ganz bestimmte Säcke Getreide am 22. November für 200 Geldeinheiten verkauft worden, deren Lieferung der Gläubiger jeder Zeit verlangen konnte. Der Gläubiger mahnt, die Mahnung wird nicht beachtet. Am 22. December brennt der Speicher, in dem das fragliche Getreide lagert, mit all dem Getreide auf. Der Gläubiger klagt jetzt auf Lieferung anderer 100 Säcke Getreide von ganz derselben Sorte und beansprucht daneben bei sinkender Conjunctur den Unterschied in den Preisen zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung.

Hier ist zunächst vom Interessestandpunkte aus zu untersuchen: ob überall noch eine Verpflichtung besteht, ob das Feuer nicht etwa auch den Speicher des Gläubigers ergriffen hat, wo sich bei beachteter Mahnung das Getreide befunden hätte. Steht dann aber die Verpflichtung einmal fest, so bekümmert sich der Richter nicht weiter um den Interessebegriff, sondern verurtheilt ohne weiteres in die Lieferung der 100 Säcke, sowie das Interessesurrogat.

In dem Bisherigen ist der Unterschied zwischen heutigem und Römischem Recht, welcher darin besteht: daß der heutige Richter, wenn auf eine Sachleistung geklagt ist, in diese verurtheilen muß, während der Römische Geschworne in Geld verurtheilte — überall gebürend berücksichtigt. Nun denke man aber weiter, daß der Schuldner die Sachleistung nicht gutwillig vornimmt, es vielmehr wegen derselben zur Execution kommt. Hier wird die Sache häufig so liegen, daß der Schuldner die geschuldete marktgängige Waare nicht vorräthig hat, sie also erst kaufen muß: es wird hier also meistens Erzwingbarkeit einer Handlung in Frage stehen. Eine Handlung zu erzwingen, ist aber etwas langwierig. Und was helfen schließlich alle Ungehorsamsstrafen, wenn der Schuldner die Handlung durchaus nicht vornehmen will! Hier ist es also weit einfacher, der Gläubiger liquidirt gleich bei Beginn

der Execution seine Forderung in Geld, und läßt dann diese Geldforderung executivisch beitreiben, wozu er durchaus berechtigt ist [12]). Wird aber ein solches Verfahren eingeschlagen, so kommen wir dem Römischen Recht wiederum ganz nahe, nur daß der Gläubiger bei steigender Conjunctur nicht den Preis zur Zeit des Urtheils, sondern zur Zeit der Erfüllung erhält.

Schließlich sollen noch zwei Fälle aus Seuffert's Archiv berücksichtigt werden.

Band 15, Nr. 10. „M. u. Comp. kauften von D. 1000 Tonnen Waizen nach Probe zum Preise von 7 Mark Bco. die Tonne, zu liefern am 1. Mai 1834, und bezahlten den Kaufpreis. Erstere verkauften dann den Waizen weiter an K. mit einer Avance von 500 Mark Bco. — — Der Waizen wurde endlich am 2. August 1842 wirklich geliefert und von M. u. Comp. am 11. s. M. in öffentlicher Auction für 6 Mark 13 ßl. Bco. die Tonne verkauft."

Hier ergeben sich vom Standpunkte des gemeinen Rechts folgende zwei Entscheidungen, je nachdem Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen verspäteter Erfüllung gefordert wird.

Entweder M. u. Comp. verzichten auf die Waarenlieferung und verlangen Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sofern dies den Umständen nach zulässig. Dieser Schadensersatz setzt sich auf folgende Weise zusammen. Sie hätten verkaufen können für 7500, die ihnen werden müssen. Ferner sind ihnen dafür, daß sie die 7000 so lange entbehren mußten, Mahnungszinsen zu erstatten [13]). Außerdem haben sie vielleicht K. noch zu entschädigen, was ebenfalls dem D. in Rechnung zu stellen ist.

Oder M. u. Comp. beanspruchen die Waare und außerdem Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Dieser Schadensersatz setzt sich auf folgende Weise zusammen. Bei sinkender Conjunctur hätte ihnen als Interessesurrogat die Differenz zwischen den Preisen am 1. Mai 1834 und am 2. August 1842 werden müssen. War aber der Preis am 1. Mai 1834 nicht 7500, so muß vom Interessestandpunkt aus dieser Preis von 7500 zu Grunde gelegt werden, denn so hoch hätten sie ja verkauft. Dazu kommen dann Zinsen auf 7000

---

[12]) Vgl. Wetzell, Civilproceß § 50 a. E., 2. Auflage, S. 592, und für Mecklenburg-Schwerin die Executionsordnung vom 30. September 1857, § 37 Nr. 2.

[13]) arg. fr. 3 § 4 Us. 22, 1. Vgl. unten § 81.

und eine etwaige Entschädigung des D. Die Preise nach dem 2. August und der am 11. dess. Monats vollzogene Verkauf kommen gar nicht in Betracht.

Band 11, Nr. 140. „In der Rechtssache Wrede wider von Veltheim forderte Kläger deshalb, weil Beklagter mit einer bis zum 4. December 1845 zu beschaffenden Spiritus-Lieferung theilweise im Rückstande geblieben war, den höchsten Werth, welchen die zu liefernde Waare in der Zwischenzeit vom 4. December 1845 bis zum 17. März 1847, als dem Tage der Klaganstellung, gehabt hatte."

Der Kläger hätte hier entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern können, falls er hierzu berechtigt war. Dann hätte er nachweisen müssen, zu welchem Preise er verkauft haben würde, und was er sonst für Schaden erlitten.

Oder der Kläger hätte statt dessen den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem höheren Marktpreise der Lieferungszeit in Anspruch nehmen können.

Oder der Kläger konnte auf der Spirituslieferung bestehen, und daneben bei sinkender Conjunctur den Unterschied in den Preisen am 4. December 1845 und der Erfüllungszeit als Interessesurrogat verlangen.

Oder er konnte statt dessen auf der Spirituslieferung bestehen, und daneben seinen Schaden wegen verspäteter Erfüllung nachweisen.

Diese vier Möglichkeiten waren gegeben. Dagegen konnte von einem höchsten Werthe in der Zwischenzeit überall keine Rede sein [13]). Und selbst ein Wahlrecht zwischen zwei Zeitpunkten sich in der Klage vorzubehalten, ist nur zulässig, wenn daneben die Sachleistung begehrt wird [14]). Die fragliche Klage hätte also angebrachtermaßen abgewiesen werden müssen.

§ 70.

Die Verkaufsverpflichtung des A. D. H. G. B.

Die auf Lieferung marktgängiger Waaren gerichtete Verpflichtung ist heutzutage meistens die Verkaufsverpflichtung; und zwar wird diese Verkaufsverpflichtung heutzutage meistens unter den Begriff des Handelsgeschäftes fallen. Denn ein Handelsgeschäft ist: der Kauf von Waaren, um dieselben weiter zu veräußern, einerlei ob diese Weiter-

[13]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 18, Nr. 219 unter 3.
[14]) Seuffert's Archiv, ebendas. unter 2.

veräußerung in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung geschehen soll [1]; sowie die Uebernahme einer Waarenlieferung, welche der Uebernehmer zu diesem Zweck erst anschafft [2]. Ferner sind alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, wofür die Vermuthung spricht [3], als Handelsgeschäfte anzusehen [4]. Und die Bestimmungen des vierten Buches des A. D. H. G. B. sind in Beziehung auf beide Contrahenten in der Regel schon dann gleichmäßig anzuwenden, wenn das Rechtsgeschäft nur auf der Seite eines der Contrahenten ein Handelsgeschäft ist [5].

Nun enthält dieses vierte Buch des A. D. H. G. B. in seinen Artikeln 354—359 auch Bestimmungen über den Verzug beim Kaufgeschäft. Und da diese Artikel, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise die marktgängigen Waaren vor Augen haben; scheint es am angemessensten, die Wirkungen, welche das A. D. H. G. B. beim Kaufgeschäft an die Nichtbeachtung der Mahnung knüpft, hier zu erörtern. Wir müssen uns darüber klar werden, in welchem Verhältnis die Wirkungen des A. D. H. G. B. zu den gemeinrechtlichen stehen. Freilich beschäftigten wir uns vom gemeinrechtlichen Standpunkt aus bisher lediglich mit der auf Lieferung einer marktgängigen Waare gerichteten Verkaufsverpflichtung; und diese will ich auch hier zunächst zu Grunde legen. Um indes Zusammengehöriges nicht auseinander zu reißen, werde ich dann im folgenden Paragraphen gleich auf die Kaufsverpflichtung des A. D. H. G. B. übergehen, und in dem dann folgenden Paragraphen den Art. 359 erörtern.

Wie das Römische Recht eine gutgläubige und strengrechtliche Obligation hatte, so hat auch das A. D. H. G. B. sich mit dem gutgläubigen Kaufgeschäfte nicht begnügt, sondern daneben ein Fixgeschäft [6] geschaffen.

Das Fixgeschäft hat zu seiner Voraussetzung eine Vereinbarung, daß die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll [7]. Die Begriffe fest-

---

1) A. D. H. G. B., Art. 271, Nr. 1.
2) A. D. H. G. B., Art. 271, Nr. 2.
3) A. D. H. G. B., Art. 274.
4) A. D. H. G. B., Art. 273.
5) A. D. H. G. B., Art. 277.
6) Literatur über diesen Begriff siehe Bd. I, § 12, Anm. 8, S. 111.
7) A. D. H. G. B., Art. 357, Abs. 1.

bestimmte Zeit und festbestimmte Frist sind hier in einem engeren Sinne zu nehmen, als bei der Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger". Es heißt in dieser Beziehung in den Protocollen zum A. D. H. G. B. S. 1411.

„Hierauf machte einer der Herren Abgeordneten bemerklich, daß der jetzige Vorschlag — — — zu der Ansicht verleiten könne, als ob verschiedene Bestimmungen für den Fall der gewöhnlichen Säumniß bezweckt würden, je nachdem der Verzug durch Mahnung oder durch Ablauf des Erfüllungstages eintrete. Es wurde jedoch hiergegen zur Erläuterung bemerkt, daß mit: „festbestimmte Zeit, festbestimmte Frist" eine ganz präcise, fixe Zeitbestimmung gemeint sei, wobei nach der supponirten Intention der Parteien der Säumige auf Abnahme der verspäteten Leistung nicht weiter mit Sicherheit rechnen könne."

So weit die angegebene Voraussetzung nicht vorhanden, liegt kein Fixgeschäft, sondern ein gutgläubiges Kaufgeschäft vor.

Uebrigens läßt sich von diesen Fixgeschäften keineswegs behaupten, daß sie für unsere Mahnung keinen Raum böten. Denn so wie der Gläubiger auf der Erfüllung besteht, haben wir ja unsere Mahnung[8]).

Ferner ist eine Mahnung überall da erforderlich, wo der Gläubiger die Leistung beim Schuldner in dessen Wohnung oder Geschäftslocal entgegen zu nehmen, oder ihn an einem dritten Orte aufzusuchen hat. Indes hat eine versuchte Mahnung die nämlichen Wirkungen, wie eine wirklich vorgenommene[10]).

Die Wirkungen, welche das A. D. H. G. B. an die Nichtinnehaltung der festbestimmten Zeit oder Frist geknüpft hat, sind bei der fixen Verkaufsverpflichtung ein Wahlrecht des Käufers: ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder von dem Vortrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre. [11]).

Da aber derjenige, welcher auf der Erfüllung bestehen will, dieserhalb unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist besonders mahnen muß; so beschränkt sich die Wirkung, welche das A. D. H.

---

[8]) Vgl. Bd. I, § 12, S. 111.

[9]) Vgl. B. I, § 13, S. 120, 121.

[10]) Vgl. Bd. I, § 61, S. 583—593.

[11]) A. D. H. G. B., Art. 355.

G. B. an die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" hier geknüpft hat, darauf: daß der Gläubiger nur befugt ist, von dem Vertrage abzugehen, oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern [12]).

Bleiben wir zunächst einmal bei dieser Rechtsregel stehen, und denken wir uns, daß jemand am 22. November 100 Getreideeinheiten für 200 Geldeinheiten gekauft habe, zu liefern am 22. December. Das Getreide sei gestiegen und koste am 22. December 300, oder es sei gefallen und koste am 22. December 100.

Wenn das Getreide gefallen ist, so wird selbstverständlich der Gläubiger von dem Vertrage abgehen, als sei derselbe nicht geschlossen. Hier haben wir eine Abweichung vom gemeinen Recht. Denn nach gemeinem Recht steht es in solchem Falle dem Gläubiger nur frei, die Sachleistung, und bei fortdauernder sinkender Conjunctur daneben den Unterschied in den Preisen zur verabredeten und wirklichen Erfüllungszeit zu beanspruchen. Daß sich die Bestimmung des H. G. B. nicht aus dem Interessebegriff herleiten läßt, bedarf kaum einer Bemerkung.

Ist dagegen das Getreide gestiegen, so wird der Käufer keine Lust verspüren, den Vertrag als nicht geschlossen zu behandeln, d. h. den Vertrag aufzuheben. Hier ist er nun berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.

Von diesem Schadensersatz wegen Nichterfüllung heißt es [13]):

> „Wenn der Käufer statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, so besteht, im Falle die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, der Betrag des von dem Verkäufer zu leistenden Schadensersatzes in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- und Börsenpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung, unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich höhern Schaden geltend zu machen."

Wie wäre es nun, wenn das Interesse des Käufers geringer sein sollte, als dieser Preisunterschied? Man setze z. B. folgenden Fall: unser Käufer hat am 1. December die 100 Getreideeinheiten an X. unter der Bedingung für 250 Geldeinheiten weiter verkauft, daß sein Verkäufer am 22. December wirklich liefern werde, und es nicht vorziehe, die etwaige Differenz zu berichtigen. Hier beträgt der

---

[12]) Vgl. Bd. I, § 12, S. 111.

[13]) A. D. H. G. B., Art. 357, Abs. 3.

Vermögensunterschied, den die Nichtlieferung beim Käufer verursacht hat, doch nur 50, ist also um 50 kleiner als der Preisunterschied. Hätte nun etwa auch der Verkäufer die Befugnis, nachzuweisen, daß das Interesse des Käufers geringer sei, als der Unterschied in den Preisen; und käme in solchen Fällen der Verkäufer damit frei, wenn er nur dieses geringere Interesse vergüten wollte? Keineswegs. Es ist nur dem Käufer das Recht eingeräumt, einen höhern Schaden geltend zu machen; nicht aber hat der Verkäufer die Befugnis, sich durch Zahlung einer geringeren Summe frei zu machen, wenn einmal das Interesse des Käufers geringer sein sollte, als der Preisunterschied [14]).

Der Einwand des Schuldners, daß das Interesse des Gläubigers kleiner sei, als die Preisdifferenz, ist also schon an sich hinfällig. Der Fall braucht demnach gar nicht einmal so zu liegen, wie ihn das Lübecker O. A. G. in Seuffert's Archiv, Bd. 4, Nr. 22, voraussetzt: daß nämlich der Gläubiger seinem Abkäufer wieder in gleichem Maße verpflichtet sei.

Der Unterschied in den Preisen ist nicht das Interesse selber, sondern nur ein Interesse-Surrogat. Dieses Interesse-Surrogat kann mit dem Interesse übereinstimmen, es kann aber auch kleiner oder größer, als dieses sein. Der Käufer hat die Wahl, ob er dies Interesse-Surrogat in Anspruch nehmen, oder sein Interesse nachweisen will. Wir stehen hier demnach ganz auf gemeinrechtlichem Grund und Boden, sofern wir uns einen gemeinrechtlichen Käufer denken, der berechtigt wäre, von der Erfüllung abzusehen.

Und weil dieses Interesse besonders nachgewiesen werden muß, kann auch der Gläubiger keineswegs ohne weiteres vom Interesse-Surrogat, d. i. der Differenz, Zinsen beanspruchen [15]).

Nun ist aber noch eine weitere Möglichkeit gegeben, und da wir die Begriffe Interesse und Interesse-Surrogat auseinanderzuhalten haben, genau genommen nicht die dritte, sondern die vierte: der Käufer kann auch Erfüllung verlangen. Damit diese Wirkung eintrete, reicht indes die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" nicht aus; hier muß Mahnung hinzukommen. Und zwar heißt es in dieser Beziehung [16]):

„Es muß jedoch derjenige, welcher auf der Erfüllung bestehen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem

---

[14]) Vgl. unten § 90, No. 11.

[15]) Löhr's Centralorgan, N. F., Bd. III, S. 360.

[16]) A. D. H. G. B., Art. 357, Abs. 1.

Eine buchstäbliche Anwendung der beiden in Fragen stehenden Stellen ist freilich heutzutage nicht möglich; aber eine Entscheidung, die dem Grundgedanken, auf welchem fr. 21 § 3 A. E. V. beruht, entspräche, ergibt sich bei steigender Conjunctur gleichsam von selber. Der Verkäufer wird trotz steigender Preise zur Leistung der verkauften Waare verurtheilt, quoniam saltem hodie dandum est quod jam olim dari oportuit. Nur der Unterschied findet heutzutage Statt: daß der Gläubiger nicht den Geldwerth, sondern den Sachwerth erhält; und auch nicht den Werth zur Zeit des Urtheils, sondern zur Zeit der Erfüllung.

Wie steht es indes um fr. 3 § 3 A. E. V. Windscheid[4]) meint: die hier getroffene Bestimmung habe mit der Nothwendigkeit der Geldcondemnation alle Grundlage verloren, und sei deshalb heutzutage unanwendbar. Das ist indessen kaum richtig. Wir haben es hier nicht mit einer einfachen Geldcondemnation zu thun, an deren Stelle heutzutage die Verurtheilung auf die Sachleistung getreten ist; sondern mit einer Eigenthümlichkeit neben der Geldcondemnation. Die Römer haben offenbar das Bedürfnis empfunden, die marktgängigen Waaren in dieser Beziehung anders als andere Sachen zu behandeln. Es entsteht daher die Frage: ob bei uns ein ähnliches Bedürfnis vorhanden ist, und in welcher Weise heutzutage dem Römischen Gedanken Ausdruck gegeben werden kann.

Was nun die Bedürfnisfrage anbetrifft, so werden wir uns in dieser Beziehung leicht verständigen können. Marktgängige Waaren müssen deshalb anders als andere Sachen behandelt werden, weil sie im Preise sinken können; und auf diese Weise die Möglichkeit gegeben ist, daß der Schuldner auf Kosten des Gläubigers speculirt. Dieser Möglichkeit muß vorgebeugt werden; dem Gläubiger muß die Befugnis zustehen, einem säumigen Schuldner zu erklären: hättest du früher geliefert, würde ich so und so viel gehabt haben. Es kommt also nur darauf an, den Zeitpunkt dieses Früher näher zu bestimmen.

Nun heißt es in unserer Stelle ganz allgemein: si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet. Es ist durch nichts angedeutet, daß eine spätere Lieferungszeit, sei es mehr oder weniger bestimmt, verabredet worden. Und hätte Pomponius einen solchen Fall vor Augen gehabt, so wäre es auffallend gewesen, wenn er hier=

---

[4]) Pandekten, Bd. II, § 280, Anm. 20.

von nichts gesagt hätte. Wir werden uns also den Fall so zu denken haben, daß der Käufer gleich nach Abschluß des Kaufes fordern konnte, daß er mahnte, diese Mahnung aber vom Verkäufer nicht beachtet wurde.

Vielleicht hätte man erwartet, daß in einem solchen Falle auf den Zeitpunkt der Mahnung gesehen wäre. Allein dann hätte ja wieder der Käufer auf Kosten des Verkäufers speculiren können. So gelangen wir denn an den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, als den Zeitpunkt, von wo an der Käufer fordern konnte; und erhalten folgenden Satz: ist beim Verkauf einer marktgängigen Waare eine mehr oder weniger bestimmte Lieferungszeit nicht verabredet, so hat, falls der Verkäufer eine Mahnung nicht beachtet, der Käufer zwischen den Preisen zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung die Wahl. Denn die Zeit der Erfüllung tritt heutzutage an die Stelle der Urtheilszeit. Zu dem ist ja bei außergerichtlicher Abwickelung gar keine Urtheilszeit vorhanden.

Und diesem Gedanken processualische Gestalt zu geben, ist auch gar so schwer nicht. Es handle sich um 100 Scheffel Weizen. Hier muß der Gläubiger sein Klagegesuch so einrichten: löbliches Gericht wolle den Beklagten in die 100 Scheffel Weizen, sowie beim Eintritt sinkender Conjunctur in die Differenz der Preise zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung verurtheilen.

Dem Gläubiger steht aber ein noch weit einfacheres Mittel zu Gebote.

Wenn nämlich jemand z. B. am 15. November 100 Scheffel Weizen in der Weise verkauft, daß Käufer jeder Zeit zu fordern berechtigt ist; so werden bei einem solchen Kaufgeschäfte selbstredend die Marktpreise des 15. November zu Grunde gelegt. Nun denke man sich einmal, eine Mahnung sei nicht beachtet, und eine sinkende Conjunctur eingetreten. Der Gläubiger hat die Wahl zwischen dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses und der Erfüllung. Bei sinkender Conjunctur wird er natürlich den ersteren Zeitpunkt wählen. Und sollte er zur Ausübung einer derartigen Befugnis überall einer Klage bedürfen? Jedenfalls dann nicht, wenn er den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat. Er kann hier einfach erklären: ich betrachte den Handel als nicht abgeschlossen; denn darauf läuft die Sache ja schließlich doch hinaus. Und hat er den Kaufpreis bereits bezahlt, so muß es ihm frei stehen, sich diesen mit Mahnungszinsen zurückzufordern.

Jetzt wäre noch der Fall zu erörtern, wo eine mehr oder weniger

Eine buchstäbliche Anwendung der beiden in Fragen stehenden Stellen ist freilich heutzutage nicht möglich; aber eine Entscheidung, die dem Grundgedanken, auf welchem fr. 21 § 3 A. E. V. beruht, entspräche, ergibt sich bei steigender Conjunctur gleichsam von selber. Der Verkäufer wird trotz steigender Preise zur Leistung der verkauften Waare verurtheilt, quoniam saltem hodie dandum est quod jam olim dari oportuit. Nur der Unterschied findet heutzutage Statt: daß der Gläubiger nicht den Geldwerth, sondern den Sachwerth erhält; und auch nicht den Werth zur Zeit des Urtheils, sondern zur Zeit der Erfüllung.

Wie steht es indes um fr. 3 § 3 A. E. V. Windscheid[4]) meint: die hier getroffene Bestimmung habe mit der Nothwendigkeit der Geldcondemnation alle Grundlage verloren, und sei deshalb heutzutage unanwendbar. Das ist indessen kaum richtig. Wir haben es hier nicht mit einer einfachen Geldcondemnation zu thun, an deren Stelle heutzutage die Verurtheilung auf die Sachleistung getreten ist; sondern mit einer Eigenthümlichkeit neben der Geldcondemnation. Die Römer haben offenbar das Bedürfnis empfunden, die marktgängigen Waaren in dieser Beziehung anders als andere Sachen zu behandeln. Es entsteht daher die Frage: ob bei uns ein ähnliches Bedürfnis vorhanden ist, und in welcher Weise heutzutage dem Römischen Gedanken Ausdruck gegeben werden kann.

Was nun die Bedürfnisfrage anbetrifft, so werden wir uns in dieser Beziehung leicht verständigen können. Marktgängige Waaren müssen deshalb anders als andere Sachen behandelt werden, weil sie im Preise sinken können; und auf diese Weise die Möglichkeit gegeben ist, daß der Schuldner auf Kosten des Gläubigers speculirt. Dieser Möglichkeit muß vorgebeugt werden; dem Gläubiger muß die Befugnis zustehen, einem säumigen Schuldner zu erklären: hättest du früher geliefert, würde ich so und so viel gehabt haben. Es kommt also nur darauf an, den Zeitpunkt dieses Früher näher zu bestimmen.

Nun heißt es in unserer Stelle ganz allgemein: si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet. Es ist durch nichts angedeutet, daß eine spätere Lieferungszeit, sei es mehr oder weniger bestimmt, verabredet worden. Und hätte Pomponius einen solchen Fall vor Augen gehabt, so wäre es auffallend gewesen, wenn er hier-

---

[4]) Pandekten, Bd. II, § 280, Anm. 20.

von nichts gesagt hätte. Wir werden uns also den Fall so zu denken haben, daß der Käufer gleich nach Abschluß des Kaufes fordern konnte, daß er mahnte, diese Mahnung aber vom Verkäufer nicht beachtet wurde.

Vielleicht hätte man erwartet, daß in einem solchen Falle auf den Zeitpunkt der Mahnung gesehen wäre. Allein dann hätte ja wieder der Käufer auf Kosten des Verkäufers speculiren können. So gelangen wir denn an den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, als den Zeitpunkt, von wo an der Käufer fordern konnte; und erhalten folgenden Satz: ist beim Verkauf einer marktgängigen Waare eine mehr oder weniger bestimmte Lieferungszeit nicht verabredet, so hat, falls der Verkäufer eine Mahnung nicht beachtet, der Käufer zwischen den Preisen zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung die Wahl. Denn die Zeit der Erfüllung tritt heutzutage an die Stelle der Urtheilszeit. Zu dem ist ja bei außergerichtlicher Abwickelung gar keine Urtheilszeit vorhanden.

Und diesem Gedanken processualische Gestalt zu geben, ist auch gar so schwer nicht. Es handle sich um 100 Scheffel Weizen. Hier muß der Gläubiger sein Klagegesuch so einrichten: löbliches Gericht wolle den Beklagten in die 100 Scheffel Weizen, sowie beim Eintritt sinkender Conjunctur in die Differenz der Preise zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung verurtheilen.

Dem Gläubiger steht aber ein noch weit einfacheres Mittel zu Gebote.

Wenn nämlich jemand z. B. am 15. November 100 Scheffel Weizen in der Weise verkauft, daß Käufer jeder Zeit zu fordern berechtigt ist; so werden bei einem solchen Kaufgeschäfte selbstredend die Marktpreise des 15. November zu Grunde gelegt. Nun denke man sich einmal, eine Mahnung sei nicht beachtet, und eine sinkende Conjunctur eingetreten. Der Gläubiger hat die Wahl zwischen dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses und der Erfüllung. Bei sinkender Conjunctur wird er natürlich den ersteren Zeitpunkt wählen. Und sollte er zur Ausübung einer derartigen Befugnis überall einer Klage bedürfen? Jedenfalls dann nicht, wenn er den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat. Er kann hier einfach erklären: ich betrachte den Handel als nicht abgeschlossen; denn darauf läuft die Sache ja schließlich doch hinaus. Und hat er den Kaufpreis bereits bezahlt, so muß es ihm frei stehen, sich diesen mit Mahnungszinsen zurückzufordern.

Jetzt wäre noch der Fall zu erörtern, wo eine mehr oder weniger

Eine buchstäbliche Anwendung der beiden in Fragen stehenden Stellen ist freilich heutzutage nicht möglich; aber eine Entscheidung, die dem Grundgedanken, auf welchem fr. 21 § 3 A. E. V. beruht, entspräche, ergibt sich bei steigender Conjunctur gleichsam von selber. Der Verkäufer wird trotz steigender Preise zur Leistung der verkauften Waare verurtheilt, quoniam saltem hodie dandum est quod jam olim dari oportuit. Nur der Unterschied findet heutzutage Statt: daß der Gläubiger nicht den Geldwerth, sondern den Sachwerth erhält; und auch nicht den Werth zur Zeit des Urtheils, sondern zur Zeit der Erfüllung.

Wie steht es indes um fr. 3 § 3 A. E. V. Windscheid[4]) meint: die hier getroffene Bestimmung habe mit der Nothwendigkeit der Geldcondemnation alle Grundlage verloren, und sei deshalb heutzutage unanwendbar. Das ist indessen kaum richtig. Wir haben es hier nicht mit einer einfachen Geldcondemnation zu thun, an deren Stelle heutzutage die Verurtheilung auf die Sachleistung getreten ist; sondern mit einer Eigenthümlichkeit neben der Geldcondemnation. Die Römer haben offenbar das Bedürfnis empfunden, die marktgängigen Waaren in dieser Beziehung anders als andere Sachen zu behandeln. Es entsteht daher die Frage: ob bei uns ein ähnliches Bedürfnis vorhanden ist, und in welcher Weise heutzutage dem Römischen Gedanken Ausdruck gegeben werden kann.

Was nun die Bedürfnisfrage anbetrifft, so werden wir uns in dieser Beziehung leicht verständigen können. Marktgängige Waaren müssen deshalb anders als andere Sachen behandelt werden, weil sie im Preise sinken können; und auf diese Weise die Möglichkeit gegeben ist, daß der Schuldner auf Kosten des Gläubigers speculirt. Dieser Möglichkeit muß vorgebeugt werden; dem Gläubiger muß die Befugnis zustehen, einem säumigen Schuldner zu erklären: hättest du früher geliefert, würde ich so und so viel gehabt haben. Es kommt also nur darauf an, den Zeitpunkt dieses Früher näher zu bestimmen.

Nun heißt es in unserer Stelle ganz allgemein: si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet. Es ist durch nichts angedeutet, daß eine spätere Lieferungszeit, sei es mehr oder weniger bestimmt, verabredet worden. Und hätte Pomponius einen solchen Fall vor Augen gehabt, so wäre es auffallend gewesen, wenn er hier-

---

[4]) Pandekten, Bd. II, § 280, Anm. 20.

von nichts gesagt hätte. Wir werden uns also den Fall so zu denken haben, daß der Käufer gleich nach Abschluß des Kaufes fordern konnte, daß er mahnte, diese Mahnung aber vom Verkäufer nicht beachtet wurde.

Vielleicht hätte man erwartet, daß in einem solchen Falle auf den Zeitpunkt der Mahnung gesehen wäre. Allein dann hätte ja wieder der Käufer auf Kosten des Verkäufers speculiren können. So gelangen wir denn an den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, als den Zeitpunkt, von wo an der Käufer fordern konnte; und erhalten folgenden Satz: ist beim Verkauf einer marktgängigen Waare eine mehr oder weniger bestimmte Lieferungszeit nicht verabredet, so hat, falls der Verkäufer eine Mahnung nicht beachtet, der Käufer zwischen den Preisen zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung die Wahl. Denn die Zeit der Erfüllung tritt heutzutage an die Stelle der Urtheilszeit. Zu dem ist ja bei außergerichtlicher Abwickelung gar keine Urtheilszeit vorhanden.

Und diesem Gedanken processualische Gestalt zu geben, ist auch gar so schwer nicht. Es handle sich um 100 Scheffel Weizen. Hier muß der Gläubiger sein Klagegesuch so einrichten: löbliches Gericht wolle den Beklagten in die 100 Scheffel Weizen, sowie beim Eintritt sinkender Conjunctur in die Differenz der Preise zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung verurtheilen.

Dem Gläubiger steht aber ein noch weit einfacheres Mittel zu Gebote.

Wenn nämlich jemand z. B. am 15. November 100 Scheffel Weizen in der Weise verkauft, daß Käufer jeder Zeit zu fordern berechtigt ist; so werden bei einem solchen Kaufgeschäfte selbstredend die Marktpreise des 15. November zu Grunde gelegt. Nun denke man sich einmal, eine Mahnung sei nicht beachtet, und eine sinkende Conjunctur eingetreten. Der Gläubiger hat die Wahl zwischen dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses und der Erfüllung. Bei sinkender Conjunctur wird er natürlich den ersteren Zeitpunkt wählen. Und sollte er zur Ausübung einer derartigen Befugnis überall einer Klage bedürfen? Jedenfalls dann nicht, wenn er den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat. Er kann hier einfach erklären: ich betrachte den Handel als nicht abgeschlossen; denn darauf läuft die Sache ja schließlich doch hinaus. Und hat er den Kaufpreis bereits bezahlt, so muß es ihm frei stehen, sich diesen mit Mahnungszinsen zurückzufordern.

Jetzt wäre noch der Fall zu erörtern, wo eine mehr oder weniger

Eine buchstäbliche Anwendung der beiden in Fragen stehenden Stellen ist freilich heutzutage nicht möglich; aber eine Entscheidung, die dem Grundgedanken, auf welchem fr. 21 § 3 A. E. V. beruht, entspräche, ergibt sich bei steigender Conjunctur gleichsam von selber. Der Verkäufer wird trotz steigender Preise zur Leistung der verkauften Waare verurtheilt, quoniam saltem hodie dandum est quod jam olim dari oportuit. Nur der Unterschied findet heutzutage Statt: daß der Gläubiger nicht den Geldwerth, sondern den Sachwerth erhält; und auch nicht den Werth zur Zeit des Urtheils, sondern zur Zeit der Erfüllung.

Wie steht es indes um fr. 3 § 3 A. E. V. Windscheid[4]) meint: die hier getroffene Bestimmung habe mit der Nothwendigkeit der Geldcondemnation alle Grundlage verloren, und sei deshalb heutzutage unanwendbar. Das ist indessen kaum richtig. Wir haben es hier nicht mit einer einfachen Geldcondemnation zu thun, an deren Stelle heutzutage die Verurtheilung auf die Sachleistung getreten ist; sondern mit einer Eigenthümlichkeit neben der Geldcondemnation. Die Römer haben offenbar das Bedürfnis empfunden, die marktgängigen Waaren in dieser Beziehung anders als andere Sachen zu behandeln. Es entsteht daher die Frage: ob bei uns ein ähnliches Bedürfnis vorhanden ist, und in welcher Weise heutzutage dem Römischen Gedanken Ausdruck gegeben werden kann.

Was nun die Bedürfnisfrage anbetrifft, so werden wir uns in dieser Beziehung leicht verständigen können. Marktgängige Waaren müssen deshalb anders als andere Sachen behandelt werden, weil sie im Preise sinken können; und auf diese Weise die Möglichkeit gegeben ist, daß der Schuldner auf Kosten des Gläubigers speculirt. Dieser Möglichkeit muß vorgebeugt werden; dem Gläubiger muß die Befugnis zustehen, einem säumigen Schuldner zu erklären: hättest du früher geliefert, würde ich so und so viel gehabt haben. Es kommt also nur darauf an, den Zeitpunkt dieses Früher näher zu bestimmen.

Nun heißt es in unserer Stelle ganz allgemein: si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet. Es ist durch nichts angedeutet, daß eine spätere Lieferungszeit, sei es mehr oder weniger bestimmt, verabredet worden. Und hätte Pomponius einen solchen Fall vor Augen gehabt, so wäre es auffallend gewesen, wenn er hier=

---

[4]) Pandekten, Bd. II, § 280, Anm. 20.

von nichts gesagt hätte. Wir werden uns also den Fall so zu denken haben, daß der Käufer gleich nach Abschluß des Kaufes fordern konnte, daß er mahnte, diese Mahnung aber vom Verkäufer nicht beachtet wurde.

Vielleicht hätte man erwartet, daß in einem solchen Falle auf den Zeitpunkt der Mahnung gesehen wäre. Allein dann hätte ja wieder der Käufer auf Kosten des Verkäufers speculiren können. So gelangen wir denn an den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, als den Zeitpunkt, von wo an der Käufer fordern konnte; und erhalten folgenden Satz: ist beim Verkauf einer marktgängigen Waare eine mehr oder weniger bestimmte Lieferungszeit nicht verabredet, so hat, falls der Verkäufer eine Mahnung nicht beachtet, der Käufer zwischen den Preisen zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung die Wahl. Denn die Zeit der Erfüllung tritt heutzutage an die Stelle der Urtheilszeit. Zu dem ist ja bei außergerichtlicher Abwickelung gar keine Urtheilszeit vorhanden.

Und diesem Gedanken processualische Gestalt zu geben, ist auch gar so schwer nicht. Es handle sich um 100 Scheffel Weizen. Hier muß der Gläubiger sein Klagegesuch so einrichten: löbliches Gericht wolle den Beklagten in die 100 Scheffel Weizen, sowie beim Eintritt sinkender Conjunctur in die Differenz der Preise zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung verurtheilen.

Dem Gläubiger steht aber ein noch weit einfacheres Mittel zu Gebote.

Wenn nämlich jemand z. B. am 15. November 100 Scheffel Weizen in der Weise verkauft, daß Käufer jeder Zeit zu fordern berechtigt ist; so werden bei einem solchen Kaufgeschäfte selbstredend die Marktpreise des 15. November zu Grunde gelegt. Nun denke man sich einmal, eine Mahnung sei nicht beachtet, und eine sinkende Conjunctur eingetreten. Der Gläubiger hat die Wahl zwischen dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses und der Erfüllung. Bei sinkender Conjunctur wird er natürlich den ersteren Zeitpunkt wählen. Und sollte er zur Ausübung einer derartigen Befugnis überall einer Klage bedürfen? Jedenfalls dann nicht, wenn er den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat. Er kann hier einfach erklären: ich betrachte den Handel als nicht abgeschlossen; denn darauf läuft die Sache ja schließlich doch hinaus. Und hat er den Kaufpreis bereits bezahlt, so muß es ihm frei stehen, sich diesen mit Mahnungszinsen zurückzufordern.

Jetzt wäre noch der Fall zu erörtern, wo eine mehr oder weniger

Eine buchstäbliche Anwendung der beiden in Fragen stehenden Stellen ist freilich heutzutage nicht möglich; aber eine Entscheidung, die dem Grundgedanken, auf welchem fr. 21 § 3 A. E. V. beruht, entspräche, ergibt sich bei steigender Conjunctur gleichsam von selber. Der Verkäufer wird trotz steigender Preise zur Leistung der verkauften Waare verurtheilt, quoniam saltem hodie dandum est quod jam olim dari oportuit. Nur der Unterschied findet heutzutage Statt: daß der Gläubiger nicht den Geldwerth, sondern den Sachwerth erhält; und auch nicht den Werth zur Zeit des Urtheils, sondern zur Zeit der Erfüllung.

Wie steht es indes um fr. 3 § 3 A. E. V. Windscheid[4]) meint: die hier getroffene Bestimmung habe mit der Nothwendigkeit der Geldcondemnation alle Grundlage verloren, und sei deshalb heutzutage unanwendbar. Das ist indessen kaum richtig. Wir haben es hier nicht mit einer einfachen Geldcondemnation zu thun, an deren Stelle heutzutage die Verurtheilung auf die Sachleistung getreten ist; sondern mit einer Eigenthümlichkeit neben der Geldcondemnation. Die Römer haben offenbar das Bedürfnis empfunden, die marktgängigen Waaren in dieser Beziehung anders als andere Sachen zu behandeln. Es entsteht daher die Frage: ob bei uns ein ähnliches Bedürfnis vorhanden ist, und in welcher Weise heutzutage dem Römischen Gedanken Ausdruck gegeben werden kann.

Was nun die Bedürfnisfrage anbetrifft, so werden wir uns in dieser Beziehung leicht verständigen können. Marktgängige Waaren müssen deshalb anders als andere Sachen behandelt werden, weil sie im Preise sinken können; und auf diese Weise die Möglichkeit gegeben ist, daß der Schuldner auf Kosten des Gläubigers speculirt. Dieser Möglichkeit muß vorgebeugt werden; dem Gläubiger muß die Befugnis zustehen, einem säumigen Schuldner zu erklären: hättest du früher geliefert, würde ich so und so viel gehabt haben. Es kommt also nur darauf an, den Zeitpunkt dieses Früher näher zu bestimmen.

Nun heißt es in unserer Stelle ganz allgemein: si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet. Es ist durch nichts angedeutet, daß eine spätere Lieferungszeit, sei es mehr oder weniger bestimmt, verabredet worden. Und hätte Pomponius einen solchen Fall vor Augen gehabt, so wäre es auffallend gewesen, wenn er hier=

---

[4]) Pandekten, Bd. II, § 280, Anm. 20.

von nichts gesagt hätte. Wir werden uns also den Fall so zu denken haben, daß der Käufer gleich nach Abschluß des Kaufes fordern konnte, daß er mahnte, diese Mahnung aber vom Verkäufer nicht beachtet wurde.

Vielleicht hätte man erwartet, daß in einem solchen Falle auf den Zeitpunkt der Mahnung gesehen wäre. Allein dann hätte ja wieder der Käufer auf Kosten des Verkäufers speculiren können. So gelangen wir denn an den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, als den Zeitpunkt, von wo an der Käufer fordern konnte; und erhalten folgenden Satz: ist beim Verkauf einer marktgängigen Waare eine mehr oder weniger bestimmte Lieferungszeit nicht verabredet, so hat, falls der Verkäufer eine Mahnung nicht beachtet, der Käufer zwischen den Preisen zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung die Wahl. Denn die Zeit der Erfüllung tritt heutzutage an die Stelle der Urtheilszeit. Zu dem ist ja bei außergerichtlicher Abwickelung gar keine Urtheilszeit vorhanden.

Und diesem Gedanken processualische Gestalt zu geben, ist auch gar so schwer nicht. Es handle sich um 100 Scheffel Weizen. Hier muß der Gläubiger sein Klagegesuch so einrichten: löbliches Gericht wolle den Beklagten in die 100 Scheffel Weizen, sowie beim Eintritt sinkender Conjunctur in die Differenz der Preise zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung verurtheilen.

Dem Gläubiger steht aber ein noch weit einfacheres Mittel zu Gebote.

Wenn nämlich jemand z. B. am 15. November 100 Scheffel Weizen in der Weise verkauft, daß Käufer jeder Zeit zu fordern berechtigt ist; so werden bei einem solchen Kaufgeschäfte selbstredend die Marktpreise des 15. November zu Grunde gelegt. Nun denke man sich einmal, eine Mahnung sei nicht beachtet, und eine sinkende Conjunctur eingetreten. Der Gläubiger hat die Wahl zwischen dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses und der Erfüllung. Bei sinkender Conjunctur wird er natürlich den ersteren Zeitpunkt wählen. Und sollte er zur Ausübung einer derartigen Befugnis überall einer Klage bedürfen? Jedenfalls dann nicht, wenn er den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat. Er kann hier einfach erklären: ich betrachte den Handel als nicht abgeschlossen; denn darauf läuft die Sache ja schließlich doch hinaus. Und hat er den Kaufpreis bereits bezahlt, so muß es ihm frei stehen, sich diesen mit Mahnungszinsen zurückzufordern.

Jetzt wäre noch der Fall zu erörtern, wo eine mehr oder weniger

bestimmte Erfüllungszeit verabredet ist, und eine sinkende Conjunctur eintritt, der Käufer also nicht in der Lage ist, eine Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Marktpreise der Lieferungszeit zu fordern. Hier wird man vom Standpunkte des gemeinen Rechts kaum sagen dürfen: daß der Gläubiger, bei Nichtbeachtung der Mahnung, oder sofern die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" Platz greift, unter allen Umständen berechtigt sei, den Handel als nicht geschlossen zu betrachten [5]). Jedenfalls steht es ihm frei, die Sachleistung zu verlangen. Ferner muß er Anspruch auf Schutz haben, falls die sinkende Conjunctur nach der verabredeten Erfüllungszeit fortdauern sollte, d. h. er kann bei fortdauernder sinkender Conjunctur die Differenz der Preise zur verabredeten und zur wirklichen Erfüllungszeit beanspruchen [6]).

Schließlich müssen wir uns noch den heutigen Bürgen betrachten [7]).

Wenn ein Bürge gleich bei Abschluß des Geschäftes hinzutritt, so wird man anzunehmen haben: daß das Schicksal der Hauptobligation in der hier fraglichen Beziehung auch die Bürgschaftsobligation treffe, sofern nichts anders vereinbart.

Und ebenso wird eine an den Bürgen gerichtete Mahnung heutzutage die nämlichen Wirkungen äußern müssen, wie sie sie unter gleichen Verhältnissen dem Hauptschuldner gegenüber gehabt hätte.

Dies letztere auch dann, wenn der Bürge später hinzutritt.

Ob aber beim spätern Hinzutritte des Bürgen die Schicksale der Hauptobligation ihn ohne weiteres treffen, ist eine Frage der Auslegung.

Man setze z. B.: am 16. November verspricht der Hauptschuldner eine Lieferung von 100 Getreideeinheiten zum 16. December. Am 1. December tritt der Bürge hinzu. Hier wird man anzunehmen haben, daß das Schicksal der Hauptobligation auch die Bürgschaftsobligation treffe.

Dagegen halte man folgenden Fall. Der Bürge trete erst am 1. Januar hinzu. Am 16. November seien die 100 Getreideeinheiten für 200 gekauft, am 16. December sei der Preis 300 gewesen, am 1. Januar aber wieder auf 250 gewichen. Hier kann der Sinn der Bürgschaft der sein, daß der Bürge lediglich die Differenz von 100

[5]) Vgl. über diese Frage unten § 87.

[6]) Seuffert's Archiv, Bd. 4, Nr. 21.

[7]) Vgl. Bd. I, S. 304.

zahlen soll. Wenn aber der Bürge ausdrücklich die Sachleistung verspricht, so ist dies im Zweifel nicht seine Absicht gewesen, und dann kann auch der Preis vom 16. December ihm gegenüber nicht zur Geltung gebracht werden. Man denke sich den Fall näher so. Es wird mit dem Bürgen keine Lieferungszeit verabredet, so daß also der Gläubiger jeden Tag fordern kann. Der Gläubiger hat gefordert, der Bürge die Mahnung nicht beachtet. Wenn dann der Gläubiger auf die Sachleistung klagt, so kann er bei sinkender Conjunctur nicht etwa die Differenz in den Preisen zwischen dem 16. December und der Zeit der wirklichen Erfüllung, sondern nur die Differenz in den Preisen zwischen dem 1. Januar und der Zeit der wirklichen Erfüllung daneben in Anspruch nehmen. Dasselbe nimmt ja auch, wie wir oben S. 76 gesehen haben, African in fr. 22 O. et A. an.

So sind wir denn zu folgenden Ergebnissen gelangt.

Eine steigende Conjunctur hindert den Gläubiger keineswegs, auf Sachleistung zu bestehen.

Er kann aber auch unter Umständen den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem höhern Marktpreise der Lieferungszeit fordern.

Bei sinkender Conjunctur hindert den Gläubiger ebenfalls nichts, auf Sachleistung zu bestehen. Er kann aber daneben den Unterschied in den Preisen zu der Zeit, wo die Erfüllung gefordert werden konnte, und zu der Zeit, wo sie wirklich erfolgte, beanspruchen.

Betrachten wir diese Wirkungen vom Interessestandpunkte aus, so werden wir sagen müssen: der Gläubiger erhält bald mehr, bald weniger, als er gehabt hätte. Der Interessebegriff steht zu diesen Wirkungen in einem ähnlichen Verhältnisse, wie zu den Mahnungszinsen. Auch die Mahnungszinsen bringen dem Gläubiger bald mehr, bald weniger ein, als ihm vom Interessestandpunkte aus zugekommen wäre. Die in Frage stehenden Wirkungen sind nicht das Interesse selber, sondern, ebenso wie die Mahnungszinsen, nur ein Surrogat des Interesse.

Und zur Schaffung eines solchen Surrogates war bei den Leistungen auf marktgängige Waaren ebenso gut ein Bedürfnis vorhanden, wie bei den Geldleistungen. Denn die Leistungen auf marktgängige Waaren sind, ebenso wie die Geldleistungen, für den Interessebegriff ein schwieriges Gebiet. Was würde der Gläubiger gehabt haben, wenn der geschuldete Weizen rechtzeitig geliefert wäre? Oft wird er es selber kaum wissen. Und selbst wo er im Stande ist, sein Interesse nachzuweisen, wird er häufig davon abstehen; weil er nicht Lust hat, alle

die hierbei in Betracht kommenden Verhältnisse in's einzelne darzulegen.

Vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus kann man namentlich angesichts fr. 21 § 3 A. E. V. [8]), darüber zweifelhaft sein: ob es dem Gläubiger frei steht, neben dem Surrogat ein höheres Interesse in Anspruch zu nehmen; oder ob es sich hier ebenso verhält, wie bei den Mahnungszinsen [9]).

Für das heutige Recht sind diese Zweifel jedenfalls durch den Reichsdeputationsabschied vom Jahre 1600 § 139 beseitigt. Denn wenn es hiernach einem Gläubiger freisteht, bei Geldschulden „sein ganz Interesse zu deduciren"; so wird man ihm diese Befugnis bei Leistungen auf marktgängige Waaren ebenso wenig versagen dürfen [10]).

Nun stellt sich der Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem höhern Marktpreise der Lieferungszeit als ein Interesse-Surrogat für Nichterfüllung dar. Dagegen der Unterschied in den Preisen zu der Zeit, wo die Erfüllung gefordert werden konnte, und zu der Zeit, wo sie wirklich erfolgte, bei sinkender Conjunctur neben der Sachleistung, erscheint als ein Interesse-Surrogat wegen verspäteter Erfüllung. Gestatten wir nun dem Gläubiger, statt diese Interesse-Surrogate in Anspruch zu nehmen, „sein ganz Interesse zu deduciren"; so muß er im einen Falle: die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen — im andern hingegen: statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.

Endlich wäre zu beachten: daß nicht bloß marktgängige Waaren, sondern auch andere Sachen, z. B. Grundstücke [11]), Preisschwankungen unterworfen sind. Für diese andern Sachen hat indes das Römische Recht in dieser Beziehung keine besondern Bestimmungen aufgestellt. Hier scheint auch ein derartiges Bedürfnis nicht obzuwalten, da hier die Preisschwankungen einerseits lange nicht so häufig und so plötzlich sind; und es sich andererseits meistens nicht um Quantitäten, sondern um einzelne ganz bestimmte Sachen handeln wird. Hier findet also die Preisschwankung zum Nachtheil oder Vortheil des Gläubigers Statt.

Andererseits kann freilich auch eine marktgängige Waare nicht

---

[8]) Vgl. auch c. 12 A. E. V. 4, 49.

[9]) fr. 19 de per. et com. 18, 6.

[10]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 18, Nr. 219, unter 1).

[11]) Vgl. fr. 7 § 3 de don. i. v. et u. 24, 1.

bloß als Quantität, sondern als species in Betracht kommen. Es sei z. B. die Lieferung ganz bestimmter Säcke Getreide versprochen. Dieser Fall bietet allerdings insofern eine Eigenthümlichkeit dar, als hier auch von Haftung für Zufall die Rede sein kann. Anderntheils verliert aber die marktgängige Waare auf diese Weise keineswegs ihren Charakter als solche. In den Quellen wird dieses Falles nicht besonders gedacht.

Dies letztere Beispiel kann uns gleichzeitig den Unterschied zwischen den Begriffen Interesse und Interessesurrogat recht veranschaulichen. Man setze: es seien 100 ganz bestimmte Säcke Getreide am 22. November für 200 Geldeinheiten verkauft worden, deren Lieferung der Gläubiger jeder Zeit verlangen konnte. Der Gläubiger mahnt, die Mahnung wird nicht beachtet. Am 22. December brennt der Speicher, in dem das fragliche Getreide lagert, mit all dem Getreide auf. Der Gläubiger klagt jetzt auf Lieferung anderer 100 Säcke Getreide von ganz derselben Sorte und beansprucht daneben bei sinkender Conjunctur den Unterschied in den Preisen zur Zeit des Vertragsabschlusses und der Erfüllung.

Hier ist zunächst vom Interessestandpunkte aus zu untersuchen: ob überall noch eine Verpflichtung besteht, ob das Feuer nicht etwa auch den Speicher des Gläubigers ergriffen hat, wo sich bei beachteter Mahnung das Getreide befunden hätte. Steht dann aber die Verpflichtung einmal fest, so bekümmert sich der Richter nicht weiter um den Interessebegriff, sondern verurtheilt ohne weiteres in die Lieferung der 100 Säcke, sowie das Interessesurrogat.

In dem Bisherigen ist der Unterschied zwischen heutigem und Römischem Recht, welcher darin besteht: daß der heutige Richter, wenn auf eine Sachleistung geklagt ist, in diese verurtheilen muß, während der Römische Geschworne in Geld verurtheilte — überall gebürend berücksichtigt. Nun denke man aber weiter, daß der Schuldner die Sachleistung nicht gutwillig vornimmt, es vielmehr wegen derselben zur Execution kommt. Hier wird die Sache häufig so liegen, daß der Schuldner die geschuldete marktgängige Waare nicht vorräthig hat, sie also erst kaufen muß: es wird hier also meistens Erzwingbarkeit einer Handlung in Frage stehen. Eine Handlung zu erzwingen, ist aber etwas langwierig. Und was helfen schließlich alle Ungehorsamsstrafen, wenn der Schuldner die Handlung durchaus nicht vornehmen will! Hier ist es also weit einfacher, der Gläubiger liquidirt gleich bei Beginn

der Execution seine Forderung in Geld, und läßt dann diese Geldforderung executivisch beitreiben, wozu er durchaus berechtigt ist [12]). Wird aber ein solches Verfahren eingeschlagen, so kommen wir dem Römischen Recht wiederum ganz nahe, nur daß der Gläubiger bei steigender Conjunctur nicht den Preis zur Zeit des Urtheils, sondern zur Zeit der Erfüllung erhält.

Schließlich sollen noch zwei Fälle aus Seuffert's Archiv berücksichtigt werden.

Band 15, Nr. 10. „M. u. Comp. kauften von D. 1000 Tonnen Waizen nach Probe zum Preise von 7 Mark Bco. die Tonne, zu liefern am 1. Mai 1834, und bezahlten den Kaufpreis. Erstere verkauften dann den Waizen weiter an K. mit einer Avance von 500 Mark Bco. — — Der Waizen wurde endlich am 2. August 1842 wirklich geliefert und von M. u. Comp. am 11. s. M. in öffentlicher Auction für 6 Mark 13 ßl. Bco. die Tonne verkauft."

Hier ergeben sich vom Standpunkte des gemeinen Rechts folgende zwei Entscheidungen, je nachdem Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen verspäteter Erfüllung gefordert wird.

Entweder M. u. Comp. verzichten auf die Waarenlieferung und verlangen Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sofern dies den Umständen nach zulässig. Dieser Schadensersatz setzt sich auf folgende Weise zusammen. Sie hätten verkaufen können für 7500, die ihnen werden müssen. Ferner sind ihnen dafür, daß sie die 7000 so lange entbehren mußten, Mahnungszinsen zu erstatten [13]). Außerdem haben sie vielleicht K. noch zu entschädigen, was ebenfalls dem D. in Rechnung zu stellen ist.

Oder M. u. Comp. beanspruchen die Waare und außerdem Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Dieser Schadensersatz setzt sich auf folgende Weise zusammen. Bei sinkender Conjunctur hätte ihnen als Interessesurrogat die Differenz zwischen den Preisen am 1. Mai 1834 und am 2. August 1842 werden müssen. War aber der Preis am 1. Mai 1834 nicht 7500, so muß vom Interessestandpunkt aus dieser Preis von 7500 zu Grunde gelegt werden, denn so hoch hätten sie ja verkauft. Dazu kommen dann Zinsen auf 7000

---

[12]) Vgl. Wetzell, Civilproceß § 50 a. E., 2. Auflage, S. 592, und für Mecklenburg-Schwerin die Executionsordnung vom 30. September 1857, § 37 Nr. 2.

[13]) arg. fr. 3 § 4 Us. 22, 1. Vgl. unten § 81.

und eine etwaige Entschädigung des D. Die Preise nach dem 2. August und der am 11. deſſ. Monats vollzogene Verkauf kommen gar nicht in Betracht.

Band 11, Nr. 140. „In der Rechtssache Wrede wider von Veltheim forderte Kläger deshalb, weil Beklagter mit einer bis zum 4. December 1845 zu beschaffenden Spiritus-Lieferung theilweise im Rückstande geblieben war, den höchsten Werth, welchen die zu liefernde Waare in der Zwischenzeit vom 4. December 1845 bis zum 17. März 1847, als dem Tage der Klaganstellung, gehabt hatte."

Der Kläger hätte hier entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern können, falls er hierzu berechtigt war. Dann hätte er nachweisen müssen, zu welchem Preise er verkauft haben würde, und was er sonst für Schaden erlitten.

Oder der Kläger hätte statt dessen den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem höheren Marktpreise der Lieferungszeit in Anspruch nehmen können.

Oder der Kläger konnte auf der Spirituslieferung bestehen, und daneben bei sinkender Conjunctur den Unterschied in den Preisen am 4. December 1845 und der Erfüllungszeit als Interessesurrogat verlangen.

Oder er konnte statt dessen auf der Spirituslieferung bestehen, und daneben seinen Schaden wegen verspäteter Erfüllung nachweisen.

Diese vier Möglichkeiten waren gegeben. Dagegen konnte von einem höchsten Werthe in der Zwischenzeit überall keine Rede sein [13]). Und selbst ein Wahlrecht zwischen zwei Zeitpunkten sich in der Klage vorzubehalten, ist nur zulässig, wenn daneben die Sachleistung begehrt wird [14]). Die fragliche Klage hätte also angebrachtermaßen abgewiesen werden müssen.

§ 70.

Die Verkaufsverpflichtung des A. D. H. G. B.

Die auf Lieferung marktgängiger Waaren gerichtete Verpflichtung ist heutzutage meistens die Verkaufsverpflichtung; und zwar wird diese Verkaufsverpflichtung heutzutage meistens unter den Begriff des Handelsgeschäftes fallen. Denn ein Handelsgeschäft ist: der Kauf von Waaren, um dieselben weiter zu veräußern, einerlei ob diese Weiter-

[13]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 18, Nr. 219 unter 3.

[14]) Seuffert's Archiv, ebendaſ. unter 2.

veräußerung in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung geschehen soll [1]; sowie die Uebernahme einer Waarenlieferung, welche der Uebernehmer zu diesem Zweck erst anschafft [2]. Ferner sind alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmannes, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, wofür die Vermuthung spricht [3], als Handelsgeschäfte anzusehen [4]. Und die Bestimmungen des vierten Buches des A. D. H. G. B. sind in Beziehung auf beide Contrahenten in der Regel schon dann gleichmäßig anzuwenden, wenn das Rechtsgeschäft nur auf der Seite eines der Contrahenten ein Handelsgeschäft ist [5].

Nun enthält dieses vierte Buch des A. D. H. G. B. in seinen Artikeln 354—359 auch Bestimmungen über den Verzug beim Kaufgeschäft. Und da diese Artikel, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise die marktgängigen Waaren vor Augen haben; scheint es am angemessensten, die Wirkungen, welche das A. D. H. G. B. beim Kaufgeschäft an die Nichtbeachtung der Mahnung knüpft, hier zu erörtern. Wir müssen uns darüber klar werden, in welchem Verhältnis die Wirkungen des A. D. H. G. B. zu den gemeinrechtlichen stehen. Freilich beschäftigten wir uns vom gemeinrechtlichen Standpunkt aus bisher lediglich mit der auf Lieferung einer marktgängigen Waare gerichteten Verkaufsverpflichtung; und diese will ich auch hier zunächst zu Grunde legen. Um indes Zusammengehöriges nicht auseinander zu reißen, werde ich dann im folgenden Paragraphen gleich auf die Kaufsverpflichtung des A. D. H. G. B. übergehen, und in dem dann folgenden Paragraphen den Art. 359 erörtern.

Wie das Römische Recht eine gutgläubige und strengrechtliche Obligation hatte, so hat auch das A. D. H. G. B. sich mit dem gutgläubigen Kaufgeschäfte nicht begnügt, sondern daneben ein Fixgeschäft [6] geschaffen.

Das Fixgeschäft hat zu seiner Voraussetzung eine Vereinbarung, daß die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll [7]. Die Begriffe fest-

---

[1] A. D. H. G. B., Art. 271, Nr. 1.
[2] A. D. H. G. B., Art. 271, Nr. 2.
[3] A. D. H. G. B., Art. 274.
[4] A. D. H. G. B., Art. 273.
[5] A. D. H. G. B., Art. 277.
[6] Literatur über diesen Begriff siehe Bd. I, § 12, Anm. 8, S. 111.
[7] A. D. H. G. B., Art. 357, Abs. 1.

bestimmte Zeit und festbestimmte Frist sind hier in einem engeren Sinne zu nehmen, als bei der Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger". Es heißt in dieser Beziehung in den Protocollen zum A. D. H. G. B. S. 1411.

„Hierauf machte einer der Herren Abgeordneten bemerklich, daß der jetzige Vorschlag — — — zu der Ansicht verleiten könne, als ob verschiedene Bestimmungen für den Fall der gewöhnlichen Säumnis bezweckt würden, je nachdem der Verzug durch Mahnung oder durch Ablauf des Erfüllungstages eintrete. Es wurde jedoch hiergegen zur Erläuterung bemerkt, daß mit: „festbestimmte Zeit, festbestimmte Frist" eine ganz präcise, fixe Zeitbestimmung gemeint sei, wobei nach der supponirten Intention der Parteien der Säumige auf Abnahme der verspäteten Leistung nicht weiter mit Sicherheit rechnen könne."

So weit die angegebene Voraussetzung nicht vorhanden, liegt kein Fixgeschäft, sondern ein gutgläubiges Kaufgeschäft vor.

Uebrigens läßt sich von diesen Fixgeschäften keineswegs behaupten, daß sie für unsere Mahnung keinen Raum böten. Denn so wie der Gläubiger auf der Erfüllung besteht, haben wir ja unsere Mahnung [8]).

Ferner ist eine Mahnung überall da erforderlich, wo der Gläubiger die Leistung beim Schuldner in dessen Wohnung oder Geschäftslocal entgegen zu nehmen, oder ihn an einem dritten Orte aufzusuchen hat. Indes hat eine versuchte Mahnung die nämlichen Wirkungen, wie eine wirklich vorgenommene [10]).

Die Wirkungen, welche das A. D. H. G. B. an die Nichtinnehaltung der festbestimmten Zeit oder Frist geknüpft hat, sind bei der fixen Verkaufsverpflichtung ein Wahlrecht des Käufers: ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder von dem Vortrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre. [11]).

Da aber derjenige, welcher auf der Erfüllung bestehen will, dieserhalb unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist besonders mahnen muß; so beschränkt sich die Wirkung, welche das A. D. H.

---

8) Vgl. Bd. I, § 12, S. 111.

9) Vgl. B. I, § 13, S. 120, 121.

10) Vgl. Bd. I, § 61, S. 583—593.

11) A. D. H. G. B., Art. 355.

G. B. an die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" hier geknüpft hat, darauf: daß der Gläubiger nur befugt ist, von dem Vertrage abzugehen, oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern [12]).

Bleiben wir zunächst einmal bei dieser Rechtsregel stehen, und denken wir uns, daß jemand am 22. November 100 Getreideeinheiten für 200 Geldeinheiten gekauft habe, zu liefern am 22. December. Das Getreide sei gestiegen und koste am 22. December 300, oder es sei gefallen und koste am 22. December 100.

Wenn das Getreide gefallen ist, so wird selbstverständlich der Gläubiger von dem Vertrage abgehen, als sei derselbe nicht geschlossen. Hier haben wir eine Abweichung vom gemeinen Recht. Denn nach gemeinem Recht steht es in solchem Falle dem Gläubiger nur frei, die Sachleistung, und bei fortdauernder sinkender Conjunctur daneben den Unterschied in den Preisen zur verabredeten und wirklichen Erfüllungszeit zu beanspruchen. Daß sich die Bestimmung des H. G. B. nicht aus dem Interessebegriff herleiten läßt, bedarf kaum einer Bemerkung.

Ist dagegen das Getreide gestiegen, so wird der Käufer keine Lust verspüren, den Vertrag als nicht geschlossen zu behandeln, d. h. den Vertrag aufzuheben. Hier ist er nun berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.

Von diesem Schadensersatz wegen Nichterfüllung heißt es [13]):

„Wenn der Käufer statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, so besteht, im Falle die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, der Betrag des von dem Verkäufer zu leistenden Schadensersatzes in der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- und Börsenpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung, unbeschadet des Rechts des Käufers, einen erweislich höhern Schaden geltend zu machen."

Wie wäre es nun, wenn das Interesse des Käufers geringer sein sollte, als dieser Preisunterschied? Man setze z. B. folgenden Fall: unser Käufer hat am 1. December die 100 Getreideeinheiten an X. unter der Bedingung für 250 Geldeinheiten weiter verkauft, daß sein Verkäufer am 22. December wirklich liefern werde, und es nicht vorziehe, die etwaige Differenz zu berichtigen. Hier beträgt der

---

[12]) Vgl. Bd. I, § 12, S. 111.

[13]) A. D. H. G. B., Art. 357, Abs. 3.

Vermögensunterschied, den die Nichtlieferung beim Käufer verursacht hat, doch nur 50, ist also um 50 kleiner als der Preisunterschied. Hätte nun etwa auch der Verkäufer die Befugnis, nachzuweisen, daß das Interesse des Käufers geringer sei, als der Unterschied in den Preisen; und käme in solchen Fällen der Verkäufer damit frei, wenn er nur dieses geringere Interesse vergüten wollte? Keineswegs. Es ist nur dem Käufer das Recht eingeräumt, einen höhern Schaden geltend zu machen; nicht aber hat der Verkäufer die Befugnis, sich durch Zahlung einer geringeren Summe frei zu machen, wenn einmal das Interesse des Käufers geringer sein sollte, als der Preisunterschied [14]).

Der Einwand des Schuldners, daß das Interesse des Gläubigers kleiner sei, als die Preisdifferenz, ist also schon an sich hinfällig. Der Fall braucht demnach gar nicht einmal so zu liegen, wie ihn das Lübecker O. A. G. in Seuffert's Archiv, Bd. 4, Nr. 22, voraussetzt: daß nämlich der Gläubiger seinem Abkäufer wieder in gleichem Maße verpflichtet sei.

Der Unterschied in den Preisen ist nicht das Interesse selber, sondern nur ein Interesse-Surrogat. Dieses Interesse-Surrogat kann mit dem Interesse übereinstimmen, es kann aber auch kleiner oder größer, als dieses sein. Der Käufer hat die Wahl, ob er dies Interesse-Surrogat in Anspruch nehmen, oder sein Interesse nachweisen will. Wir stehen hier demnach ganz auf gemeinrechtlichem Grund und Boden, sofern wir uns einen gemeinrechtlichen Käufer denken, der berechtigt wäre, von der Erfüllung abzusehen.

Und weil dieses Interesse besonders nachgewiesen werden muß, kann auch der Gläubiger keineswegs ohne weiteres vom Interesse-Surrogat, d. i. der Differenz, Zinsen beanspruchen [15]).

Nun ist aber noch eine weitere Möglichkeit gegeben, und da wir die Begriffe Interesse und Interesse-Surrogat auseinanderzuhalten haben, genau genommen nicht die dritte, sondern die vierte: der Käufer kann auch Erfüllung verlangen. Damit diese Wirkung eintrete, reicht indes die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" nicht aus; hier muß Mahnung hinzukommen. Und zwar heißt es in dieser Beziehung [16]):

„Es muß jedoch derjenige, welcher auf der Erfüllung bestehen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem

---

[14]) Vgl. unten § 90, No. 11.

[15]) Löhr's Centralorgan, N. F., Bd. III., S. 360.

[16]) A. D. H. G. B., Art. 357, Abs. 1.

andern Contrahenten anzeigen; unterläßt er dies, so kann er später nicht auf der Erfüllung bestehen."

Durch diese Bestimmung hat verhindert werden sollen, daß der Käufer nicht fortwährend auf Kosten des Verkäufers speculire[17]). Also am 22. December kosteten die 100 Getreideeinheiten 300. Nun soll der Käufer nicht so calculiren dürfen: die 300 hätten wir sicher, und ein Gewinn von 100 wäre gemacht; warten wir die Conjunctur weiter ab; vielleicht steigt das Getreide noch bis auf 400; dann gehe ich zum Verkäufer und sage: „jetzt Erfüllung." Der Käufer muß sich daher unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist entscheiden, ob er Erfüllung verlangt; nachher ist es mit dieser Befugnis vorbei.

Wenn der Käufer nun gleich nach Ablauf des 22. December sich dahin ausspricht: daß er der Erfüllung spätestens bis zum 29. December entgegen sehe — hat er dann nach Ablauf des 29. December wiederum ein Wahlrecht zwischen sämmtlichen Befugnissen des Artikel 355? Gewiß nicht. Denn daß der Käufer auf Kosten des Verkäufers speculire, d. h. daß der Käufer sich einseitig andere Zeitpunkte aussuche, als den vereinbarten Stichtag, ohne selber Gefahr zu laufen, hat ja gerade verhindert werden sollen.

Eine derartige Erklärung ist also im Sinne des Art. 357, Abs. 1, ungenügend, und muß im Sinne dieses Artikels als nicht vorhanden betrachtet werden. Wenn daher der Verkäufer bis zum 29. December nicht freiwillig erfüllt, so hat der Käufer nur die Wahl: ob er den Vertrag aufheben, oder ob er sein Interesse wegen Nichterfüllung geltend machen, oder statt dessen das Interesse-Surrogat beanspruchen will. Bei Berechnung des Interesse wie des Interesse-Surrogates kommt aber der 22. December, nicht der 29. December in Betracht[18]).

Andererseits ist aber eine derartige Erklärung nicht gänzlich wirkungslos. Denn wenn jetzt der Verkäufer die Leistung nach dem 22., aber vor dem 29. December anbietet, so darf der Käufer sie nicht zurückweisen. Er hat ja gesagt, daß er bis zum 29. December noch der Erfüllung entgegensehe. Eine solche Erklärung schlägt also gerade in das Gegentheil dessen um, was sie bezwecken sollte. Der Käufer wollte sich so noch einen Weg offen halten, wie er auf Kosten des Verkäufers speculiren könne. Dazu ist er indessen nicht berechtigt.

---

[17]) Vgl. Protocolle zum A. D. H. G. B., S. 4603.

[18]) Seuffert's Archiv, Bd. 24, Nr. 66.

Statt dessen kann aber der Verkäufer bis zum 29. December mittelst Oblation auf Kosten des Käufers speculiren. Denn wenn jetzt das Getreide in der Zeit vom 22. bis 29. December fällt, wird er natürlich nicht die Differenz vom 22. zahlen, sondern das Getreide selber.

Also wer auf Erfüllung bestehen will, drücke sich bestimmt aus.

Die Anzeige soll unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist erfolgen. Kann sie aber nicht vorher geschehen? Die fragliche Anzeige ist von uns bisher lediglich vom Standpunkte der Mahnung aus betrachtet worden, und schon von diesem Standpunkte aus gelangt man dahin: daß in unserm Falle eine solche Anzeige bereits am 22. December selber möglich gewesen wäre. Vgl. Bd. I, S. 131 fgg., 477 fgg.

Es wirft sich aber noch die weitere Frage auf: ob der Käufer nicht schon vor dem 22. December berechtigt war, mittelst dieser Anzeige zu kündigen[19])? Konnte der Käufer nicht bereits am 1. December dem Verkäufer die Erklärung zukommen lassen, daß er auf Erfüllung bestehen werde? Ich wüßte nicht anzugeben, was dem im Wege stehen sollte. Eine solche Erklärung gereicht ja nur dem Verkäufer zum Vortheil, der auf diese Weise schon im voraus unterrichtet wird, daß er sich auf wirkliche Erfüllung einzurichten habe. Denn selbstverständlich ist der Käufer an eine derartige Erklärung gebunden[20]). Und dem öconomischen Zwecke, welcher durch die fragliche Bestimmung erreicht werden sollte, läuft eine solche Erklärung ja in keiner Weise zuwider.

Wie wird es nun weiter, wenn die Erfüllung, so wie sie muß, gefordert worden? Hier braucht sich der Käufer nicht auf die Erfüllung zu beschränken, sondern kann daneben Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen[21]).

Wie berechnet sich dieser Vermögensunterschied wegen verspäteter Erfüllung? Die Preise können entweder fallen oder steigen.

Käufer habe an X weiter verkauft zu den Preisen des 22. Decembers, zum 22. December und unter Verwillkürung einer Strafe von 50 im Falle nichtrechtzeitiger Lieferung. Am 22. December kosteten die 100 Getreideeinheiten 300, als es zur Erfüllung kommt, 400. Kann nun der Verkäufer etwa sagen: die 50 Strafe ersetze ich

---

19) Siehe Bd. I., S. 515, 516.

20) Vgl. Auerbach, das neue Handelsgesetz, zweite Abth., S. 83; v. Völderndorff in Busch's Archiv, Bd. 11, S. 172—174; Seuffert's Archiv, Bd. 23, Nr. 249.

21) A. D. H. G. B., Art. 355.

nicht, denn du erhältst ja jetzt schon im Getreide einen Werth von 400, während du für 300 verkauft hättest? Nein. Denn was hinderte den Verkäufer am 22. December zu liefern, wo diese Getreideeinheiten für 300 zu haben waren? Vielleicht hatte er es gar liegen, vielleicht gar billiger als für 300 gekauft. Was berechtigte den Verkäufer, die Lieferung hinauszuschieben? Die Forderung des Käufers betrug nach Ablauf des 22. Decembers 50 und Lieferung des Getreides. Eine steigende Conjunctur hindert den Gläubiger keineswegs, auf Sachleistung zu bestehen. So gut, wie dem Käufer das Getreide werden mußte, wenn er keine Conventionalstrafe zu zahlen gehabt; so gut muß es ihm jetzt ohne irgend welchen Werthabzug werden. Es handelt sich hier demnach wieder um durchaus gemeinrechtliche Grundsätze.

Jetzt nehme man dagegen an, die Preise seien sinkende gewesen: die 100 Getreideeinheiten hätten, als es zur Erfüllung kam, nur 200 gekostet. Hier rechnen wir so. Zunächst ist dem Käufer die Conventionalstrafe von 50 zu erstatten, dazu erhält er dann aber noch 100, weil das Getreide zur Zeit der Zahlung ja nur einen Werth von 200 darstellt, er aber zu 300 verkauft hätte. Es muß also bei sinkender Conjunctur der Unterschied in den Preisen zu der Zeit, wo die Erfüllung gefordert werden konnte, und wo sie wirklich erfolgte, hinzukommen.

Dagegen möchte man vielleicht versucht sein, folgenden Einwand zu erheben. Wenn das Getreide sinkt, soll es dem Käufer nicht zum Nachtheil gereichen; dagegen wenn es steigt, soll es sein Vortheil sein. Dann speculirt ja wohl der Käufer auf Kosten des Verkäufers? Kann man denn das so ruhig gestatten?

Nun macht sich allerdings sowohl im Römischen wie im heutigen Recht ein Bestreben bemerkbar, zu verhindern: daß der Gläubiger von marktgängigen Waaren nicht auf Kosten, oder, wie man auch sagen kann, auf Gefahr des Schuldners speculire. Allein ein derartiges Speculiren des Gläubigers setzt voraus, daß derselbe berechtigt ist, die Zeit zu bestimmen, dessen Preise er zu Grunde gelegt zu haben wünscht.

Auf diesem Gesichtspunkte beruht z. B.: daß die Anzeige in Art. 357, Abs. 1, des A. D. H. G. B. unverzüglich geschehen muß. Hieraus erklärt sich: daß die Römischen Rechtsgelehrten bemüht waren, die Litiscontestation bei den auf Lieferung marktgängiger Waaren gerichteten strengrechtlichen Obligationen als Schätzungszeitpunkt in den

Hintergrund zu drängen. Und aus diesem Grunde kann nach gemeinem Recht auch die Zeit der Mahnung nicht in Betracht gezogen werden.

So steht die Sache aber hier keineswegs: denn in unserm Falle hängt weder die Bestimmung des einen noch des andern Zeitpunktes von der Willkür des Gläubigers ab. Der eine Zeitpunkt ist durch den Vertrag gegeben, den andern zu bestimmen, hängt von der Willkür des Verkäufers ab. Und würde man eine Sachleistung, ohne Rücksicht auf sinkende Preise für genügend halten, so würde man damit ja dem Verkäufer die Befugnis einräumen, auf sinkende Preise zu speculiren.

Wenn man denn aber bei sinkenden Preisen auch nicht um diesen Differenzzuschlag wegkommt; so wäre, möchte man vielleicht meinen, eine Regelung in der Weise möglich gewesen, daß dem Käufer das Steigen der Preise jedenfalls dann nicht zu gute kommen dürfe; wenn er nicht behalten hätte. Allein dieser Einwand erledigt sich unter anderm durch die Betrachtung: daß dann eine Nichtbeachtung der Mahnung von Seiten des Verkäufers eine Steigerung des vom Käufer zu zahlenden Kaufpreises zur Folge hätte. Eine solche Vergünstigung kann man aber unmöglich einem Verkäufer dafür einräumen, daß er durch sein Verhalten einen Zustand negativen Civilunrechts geschaffen hat.

Will man demnach dem Käufer den in Frage stehenden Vortheil nicht gönnen, so müßte man schon auf andere Auswege sinnen. Und dann bliebe nichts anders übrig, als die Klage auf Sachleistung gänzlich zu verwerfen, und alle Kaufabschlüsse über marktgängige Waaren lediglich vom Gesichtspunkte des Differenzgeschäftes aufzufassen. Allein gerade um dem vorzubeugen, ist ja die Befugnis des Käufers, auf Sachleistung zu bestehen, anerkannt worden.

Hält man aber an einer Erzwingbarkeit der Sachleistung fest, so wird es nicht anders zu machen sein, als daß das Sinken der Preise dem Verkäufer zum Nachtheil, ein Steigen derselben aber dem Käufer zum Vortheil gereicht.

Allerdings treffen den Verkäufer hier Nachtheile, die sich vom Standpunkte des Interessebegriffes aus nicht rechtfertigen lassen, denn der Käufer erhält hier mehr, als er gehabt hätte. Das Steigen der Preise soll ihm ja auf alle Fälle zu gute kommen, einerlei, ob er behalten oder verkauft hätte. Allein es kann doch nicht die Aufgabe des Rechtes sein, derartige Nachtheile von einem Schuldner, welcher eine Mahnung unbeachtet läßt, auf alle Fälle fern zu halten. Und

mit dem Interessebegriff allein reichen wir bei marktgängigen Waaren überhaupt nicht aus.

Kehren wir jetzt wieder zu unsern sinkenden Preisen zurück. Wir fanden also: wenn der Käufer nachweisen kann, daß er zu den Preisen des 22. December verkauft hätte, muß ihm außer der Sachleistung der Preisunterschied werden. Nun sind aber die Leistungen auf marktgängige Waaren für den Interessebegriff ein schwieriges Gebiet. Wer kann denn immer so genau nachweisen, daß er gerade die in Frage stehenden Waaren verkauft hätte? Und genau genommen genügt dieser Beweis kaum. Denn wenn auch Käufer weiter verkauft hätte, ist es denn so ganz unmöglich, diesen Verkauf auf andere Weise zu realisiren? Er braucht sich ja nur andere Waaren zum Marktpreise anzuschaffen. Es müßte also gleichzeitig dargethan werden, daß die anderweitige rechtzeitige Beschaffung der Waare ausnahmsweise nicht möglich gewesen sei[22]), z. B. weil die betreffende Waare in der nöthigen Menge nicht am Markt war, oder weil der Käufer gar nicht am Erfüllungsorte wohnte, und aus diesem Grunde verhindert war, rechtzeitig anderweitige Dispositionen zu treffen, u. dgl. m. Also, wie gesagt, Leistungen auf marktgängige Waaren sind für den Interessebegriff ein schwieriges Gebiet, man sieht sich hier demnach gerne nach einem Interesse-Surrogat um.

Nun hat allerdings das A. D. H. G. B., Art. 357, Abs. 3, ein Interesse-Surrogat für den Fall aufgestellt, daß die Preise zur Zeit, wo geliefert werden soll, höher sind, als der Kaufpreis. Dieses Interesse-Surrogat beruht auf der Anschauung, daß der Käufer jedenfalls zu den Preisen der Erfüllungszeit hätte verkaufen können. Es fehlt aber an einem Interesse-Surrogat für den Fall, daß die Preise nach der Zeit, wo die Erfüllung gefordert werden konnte, heruntergingen.

Das gemeine Recht hat aber auch hier ein Interesse-Surrogat, welches ebenfalls auf der Anschauung beruht, daß der Käufer hätte verkaufen können, nämlich zu den Preisen der Zeit, wo die Erfüllung gefordert werden konnte. Was steht im Wege, dieses Interesse-Surrogat hier einzuschieben?

So kommen wir denn vom Standpunkte des A. D. H. G. B.

---

[22]) Vgl. Auerbach, das neue Handelsgesetz, zweite Abtheilung, Frankfurt 1865, S. 93; Seuffert's Archiv, Bd. 22, Nr. 26; Bd. 23, Nr. 216.

gleichfalls zu dem Ergebnis: wenn der Verkäufer eine Mahnung unbeachtet läßt, so kann der Käufer Sachleistung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen; er ist aber auch befugt, statt sich auf einen Nachweis dieses Schadensersatzes einzulassen, bei sinkender Conjunctur den Unterschied der Preise zur verabredeten und wirklichen Erfüllungszeit zu beanspruchen.

Da nun ein Beweis des Schadensersatzes wegen verspäteter Erfüllung häufig schwer zu erbringen sein wird, so wird der Käufer es meistens vorziehen, dies Interesse=Surrogat in Anspruch zu nehmen. Das wird zur Folge haben, daß die Verpflichtungen auf Lieferung marktgängiger Waaren sich in dieser Beziehung meistens ebenso einfach abwickeln werden, wie die Geldleistungen. Denn wie verhältnismäßig selten kommt es bei letztern zu Schadensersatznachweisungen! Der Gläubiger verlangt meistens weiter nichts als seine Mahnungszinsen. Und wie das Recht bei den Leistungen marktgängiger Waaren auf solche Weise in dieser Hinsicht einerseits sehr einfach wird; wird es andererseits durch dieses Interesse=Surrogat erst möglich gemacht, daß die Sachleistung in ihre vollen Rechte eintritt. Denn nur unter der Voraussetzung wird das Verlangen auf Sachleistung häufig gestellt werden, wenn der Gläubiger bestimmt weiß, daß ein Sinken der Preise ihm keinen Nachtheil zufügen könne.

Jetzt wäre zunächst der Fälle zu gedenken, wo der Käufer die Leistung beim Schuldner in dessen Wohnung oder Geschäftslocal entgegenzunehmen, oder ihn an einem dritten Orte aufzusuchen hat. Hier greift die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger“ nicht ein. Hier bedarf es also schon dann einer Mahnung, wenn der Käufer gar nicht auf Erfüllung bestehen, sondern nur einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung oder die Aufhebungsbefugnis erlangen will.

Da aber die Erklärung, der Käufer begehre Erfüllung, nicht nothwendig erst nach der Lieferungszeit abgegeben zu werden braucht, sondern jedenfalls schon am Lieferungstage abgegeben werden kann; da andererseits die Mahnung nichts weiter ist, als eine auf Erfüllung gerichtete Erklärung: so kann es hier leicht zweifelhaft werden, zu welchem Zwecke der Käufer eigentlich gemahnt hat, ob ihm wirklich um Sachleistung, oder nur um die andern Befugnisse zu thun war. Da aber das Recht, soweit die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger“ reicht, von dem Gläubiger, der die Sachleistung beansprucht, eine desfallsige ausdrückliche Erklärung verlangt; so wird man auch

hier vom mahnenden Käufer eine bestimmte Erklärung begehren müssen, daß es ihm wirklich um Sachleistung zu thun sei. Eine einfache Mahnung wird man dagegen nur so deuten können, daß es dem Käufer zunächst nur um die anderweitigen Befugnisse zu thun war; in welchem Falle es ihm freilich immer noch frei steht, unverzüglich nach Ablauf der Lieferungszeit eine auf Sachleistung gerichtete Mahnung vorzunehmen.

Wie steht es in dieser Beziehung um die versuchte Mahnung? Setzen wir folgenden Fall. Dem Käufer sollten am 26. November, Nachmittags zwischen 1 und 2 Uhr, an der Hamburger Börse hundert Altona-Kieler Eisenbahn-Actien geliefert werden. Der Verkäufer erscheint aber nicht an der Börse. Der Käufer läßt durch einen Notar einen Abwesendheits-Protest dahin aufnehmen: daß der Verkäufer an seinem Börsenplatze nicht zu treffen gewesen sei, daß er ihm aber habe mittheilen wollen, es sei ihm, dem Käufer, um wirkliche Erfüllung zu thun gewesen. Genügt ein solcher Abwesendheitsprotest für einen Käufer, der nachher die Sachleistung einklagen will? Ich glaube, diese Frage verneinen zu müssen. Denn wenn man auch den Käufer für berechtigt halten muß, dem auf der Börse erschienenen Verkäufer eine ausdrückliche, auf Sachleistung gerichtete Erklärung zugehen zu lassen; so ist dieser doch nicht verpflichtet, sich zur Entgegennahme einer derartigen Erklärung auf der Börse einzufinden. Darauf kommt es aber hier an. Der Käufer ist also wohl befugt, über das Ausbleiben des Verkäufers auf der Börse einen Abwesendheitsprotest zu der Wirkung aufnehmen zu lassen, daß ihm nunmehr eine Aufhebungsbefugnis oder eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung zusteht. Will aber der Käufer auf Erfüllung bestehen, so muß er sich unverzüglich nach Ablauf der Lieferungszeit in die Wohnung oder das Geschäftslocal des Verkäufers begeben und dort sein Verlangen kund thun. Ist auch hier niemand zu treffen, so wird ihm die Befugnis nicht abzusprechen sein, nunmehr einen wirksamen Abwesendheitsprotest darüber aufnehmen zu lassen, daß er Sachleistung verlangen wollte. Gesetzt indes, der Verkäufer wäre gar kein Hamburger, sondern ein Auswärtiger. Dann wird ein einfacher Brief wohl kaum genügen, vielmehr wird der Ausdruck „unverzüglich" wohl so zu deuten sein, daß der Käufer sofort auf telegraphischem Wege seinen auf wirkliche Erfüllung gerichteten Willen kund thut.

Wenden wir uns jetzt weiter zu dem Fall, wenn der Verkäufer

verpflichtet ist, die Sachleistung an dem Börsenplatze des Käufers zu beschaffen; also den Käufer am dritten Orte aufzusuchen hat. Hier greift allerdings beim Ausbleiben des Verkäufers die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger“ ein. Auf alle Fälle muß aber der Käufer wirklich an seinem Börsenplatze gewesen sein[23]). Er wird daher gut thun, seine Anwesendheit durch ein Notariatsinstrument bescheinigen zu lassen.

Und wie verhält es sich, wenn endlich beide Theile ausbleiben? Hier kann der Käufer weder Sachleistung noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen; die Obligation wird also durch Zeitablauf aufgehoben.

Erscheint am dritten Orte nur der Verkäufer, so hängt der weitere Verlauf von dessen Verhalten ab: in welcher Beziehung nicht nur die Grundsätze einer vom Verkäufer versuchten Mahnung, sondern auch einer verkäuferischen Oblation in Betracht kommen können. Und ähnlich liegt der Fall, wenn der Käufer die Leistung beim Schuldner in dessen Wohnung oder Geschäftslocal entgegenzunehmen hatte, sich aber nicht rechtzeitig einstellte[24]).

So sind wir denn für die fixe Verkaufsverpflichtung zu folgenden Ergebnissen gelangt.

Will der Käufer Sachleistung, so bedarf es auf alle Fälle einer Mahnung.

Er braucht sich indes auf die Sachleistung nicht zu beschränken, sondern kann daneben Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, oder ein Interesse=Surrogat beanspruchen, welches bei sinkender Conjunctur in dem Unterschied der Preise zur Zeit der Lieferung und der wirklichen Erfüllung besteht.

Will der Käufer statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung, oder statt dessen das in Art. 357, Abs. 3, angegebene Interesse=Surrogat, oder den Vertrag einfach aufheben; so bedarf es keiner Mahnung, soweit die Regel „der Tag mahnt für den Gläubiger“ reicht. Im übrigen ist auch in dieser Beziehung Mahnung erforderlich.

Erscheinen am dritten Erfüllungsorte weder Käufer noch Verkäufer, so ist die fixe Kaufsobligation durch Zeitablauf aufgehoben.

Bei der gutgläubigen Verkaufsverpflichtung wird man wohl, sofern es sich um marktgängige Waaren handelt, die Interesse=Surrogate,

---

[23]) Vgl. Bd. I., § 13, S. 121.

[24]) Vgl. Bd. I, S. 96.

wie bei der fixen Verkaufsverpflichtung, ebenfalls zur Anwendung zu bringen haben. Unter dieser Voraussetzung haben wir hier die nämlichen Wirkungen, wie bei der fixen Verkaufsverpflichtung, nur daß die Mahnung und die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger“ hier in anderer Weise auseinander gehen.

Will der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bezw. das Surrogat-Interesse fordern, oder vom Vertrage abgehen, so muß er auf alle Fälle gemahnt haben [25]).

Will der Käufer Sachleistung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, bezw. das Surrogat-Interesse, so bedarf es keiner Mahnung, soweit die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger“ reicht. Im übrigen ist auch in dieser Beziehung Mahnung erforderlich.

Erscheinen am dritten Erfüllungsorte zur festbestimmten Erfüllungszeit weder Käufer noch Verkäufer, so verwandelt sich die gutgläubige Verkaufsverpflichtung mit festbestimmter Erfüllungszeit in eine auf unbestimmte Zeit vertagte [26]).

Bisher wurden von mir nur die marktgängigen Waaren in's Auge gefaßt. Allein die Anwendung der hier gefundenen Ergebnisse auf nichtmarktgängige Waaren macht sich leicht: wir haben dann nur nöthig, das Surrogat-Interesse fortzulassen.

Endlich wäre noch auf folgenden Punkt aufmerksam zu machen. Der Käufer kann sein Wahlrecht unter Umständen auch in der Weise ausüben: daß er in Bezug auf einen Theil der verkauften Waare auf Erfüllung besteht, dagegen in Bezug auf einen andern Theil vom Vertrage abgeht, als wäre derselbe nicht geschlossen. So hat das Badische Hofgericht in einem Falle entschieden [27]): wo verschiedene Kleidungsstoffe angeblich sechs Wochen nach der vertragsmäßigen Lieferungszeit bei dem Besteller anlangten. Derselbe behielt diejenigen Stoffe, welche er, da die Meßzeit vorüber war, zur Noth noch in seinem Wohnort verkaufen zu können glaubte; die übrigen sandte er sogleich zurück und weigerte Zahlung des für die ganze Sendung verlangten Kaufpreises. In Bezug auf diesen Fall verdient folgende Stelle aus den Entscheidungsgründen hervorgehoben zu werden:

„Der Beklagte durfte wegen Verzugs die Auflösung des ganzen Kaufgeschäftes begehren, bez. im Wege der Einrede geltend

---

[25]) Siehe das Nähere Bd. I., § 12, S. 108—110.

[26]) Vgl. oben Bd. I., § 49, S. 502.

[27]) Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. 12, S. 290, 291.

machen. Er war aber nicht verpflichtet, dieses Recht in vollem Umfange zur Geltung zu bringen, konnte vielmehr dessen Ausübung auf einen Theil der Lieferung beschränken, weil er damit nur einen Theil seines Rechts aufgibt, und der Kläger kein Interesse daran haben kann, daß der Beklagte zu seinem, des Klägers, Nachtheil von dem vollen Recht Gebrauch mache, derselbe auch nicht behauptet hat, daß er durch die theilweise Annahme der Waare mehr, als durch deren gänzliche Zurückweisung benachtheiligt sei."

Dagegen hat das H. A. G. zu Nürnberg den theilweisen Rücktritt vom Vertrage mit Recht in einem Falle versagt: wo für eine Partie Möbel ein Gesammtkaufpreis bedungen war [28]).

§ 71.

Die Kaufsverpflichtung des A. D. H. G. B.

Während das A. D. H. G. B. bei der Verkaufsverpflichtung nicht unterscheidet, ob der Käufer bereits erfüllt hat, oder nicht, sei es nun gänzlich oder theilweise, berücksichtigt es den Verzug des Käufers nur für den Fall, daß die Waare noch nicht übergeben worden [1]). Sofern eine Uebergabe der Waare Statt gefunden, greift also das gemeine Recht Platz.

Das Handelsgesetzbuch schweigt über den Fall, wenn eine theilweise Uebergabe erfolgte, der Gläubiger also seinerseits theilweise erfüllte.

Hier muß die Anwendung unsers Artikels jedenfalls in Bezug auf die übergebene Waare ausgeschlossen sein, denn diese stand seit der Uebergabe zur Verfügung des Käufers.

Und ob unser Artikel in Bezug auf die nicht übergebene Waare Anwendung leiden kann, wird davon abhängen: ob der Preis nach Maß, Zahl und Gewicht festgesetzt wurde, oder ob wir es mit einem Bausch- und Bogen-Preise zu thun haben. Im letztern Falle kann keinenfalls von unserm Artikel die Rede sein, der Verkäufer z. B. nicht die Befugnis haben, in Bezug auf die noch nicht übergebene Waare den Vertrag als nicht geschlossen zu betrachten. Denn dies würde eine minutiöse Ausrechnung zur Folge haben müssen: wie viel von dem

---

[28]) Goldschmidt's Zeitschrift, a. a. O., S. 291, 292.

[1]) H. G. B., Art. 354.

Bausch- und Bogenpreise auf die übergebene Waare, und wie viel davon auf die nicht übergebene Waare komme. Eine solche Rechnerei wäre aber ganz dem Geiste unseres Artikels zuwider, der deshalb dem Verkäufer ein dreifaches Wahlrecht beilegte: um eine möglichst schnelle Abwicklung, eine möglichst schnelle Beseitigung der krankhaften Obligation herbeizuführen.

Dagegen in dem Falle, wo der Preis nach Maß, Zahl oder Gewicht festgesetzt worden, wird man unsern Artikel auch bei theilweiser Uebergabe der verkauften Waare in Bezug auf den noch nicht übergebenen Rest anwenden, dem Verkäufer also in dieser Beziehung gestatten können, den Vertrag in Bezug auf diesen Rest als nicht geschlossen zu behandeln.

In diesem Sinne hat sich auch bereits das Berliner Obertribunal in einem Falle ausgesprochen, wo der Verkäufer 350,000 Mauersteine, das Tausend zu 13 Thlr. 25 Silbergr., zu liefern, und hiervon bereits 149,500 geliefert hatte; der Käufer aber Mahnung ungeachtet den Kaufpreis nicht berichtigen wollte[2]). Es gestattete zwar nicht, wie Verkäufer verlangte, Rücktritt vom ganzen Vertrag, wohl aber Rücktritt in Bezug auf die noch nicht gelieferten 200,500 Steine. Merkwürdigerweise beruft sich indes das Berliner Obertribunal auf den Art. 359, der doch von einem ganz andern Falle, nämlich dem handelt: wo der gemahnte Schuldner bereits theilweise erfüllt hat. Eine Herbeiziehung dieses Artikels für unsere Frage ist aber um so unthunlicher, als der Begriff Theilbarkeit in gedachtem Artikel in einem weit engern Sinne genommen worden, und es sich dort nicht um eine Theilbarkeit handelt, die von der Willkür des Gläubigers abhängt, sondern um eine Theilbarkeil, die ihm auch gegen seinen Willen aufgedrungen werden kann[3]).

Das A. D. H. G. B. will festsetzen, wie es sich verhalte, „wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Waare noch nicht übergeben ist.“ Noch nicht übergeben heißt soviel als: noch nicht tradirt[4]). Nun kann aber in Fällen, wo die Waare noch nicht übergeben worden, in doppeltem Sinne von einem Verzuge des Käufers die Rede sein: insofern er den Kaufpreis nicht

---

[2]) Seuffert's Archiv, Bd. 21, Nr. 138.

[3]) Vgl. unten, § 72.

[4]) Vgl. Auerbach a. a. O., S. 73; v. Hahn a. a. O., S. 268, 269; Scheffer und Groß, Repertorium, S. 386.

zahlt, und insofern er die Waare nicht annimmt. In welchem Sinne hat das A. D. H. G. B. den Ausdruck „Verzug“ genommen?

Ohne Zweifel denkt das H. G. B. nur an den Verzug des Schuldners, da der Verzug lediglich mit der Zahlung des Kaufpreises in Verbindung gebracht wird. Und somit liegt der Schluß nahe: als ob wir die Wirkungen, welche das H. G. B. hier hat, unbesehends für unsere Mahnung gelten lassen könnten.

Dieser Schluß wäre gleichwohl etwas voreilig. Es gibt verschiedene Mahnungen, welche Wirkungen äußern, worauf ich schon im ersten Bande hingewiesen habe[5]). Wir haben es hier nur mit der Mahnung zu thun, welche und insofern sie die Verpflichtung des gemahnten Schuldners umgestaltet. Anderweitige Wirkungen der Mahnung haben wir von unserm Standpunkte aus auszuscheiden.

Nun bringt aber hier das H. G. B. eine solche anderweitige Wirkung, die uns nichts kümmert. Das H. G. B. legt nämlich abweichend vom gemeinen Recht dem Verkäufer, der die Waare noch nicht übergeben hat, die Befugnisse eines Pfandgläubigers bei[6]). Er kann wie ein Pfandgläubiger die Waare für Rechnung des Käufers verkaufen und sich auf diese Weise bezahlt machen, sobald der Käufer eine auf Zahlung des Kaufpreises gerichtete Mahnung unbeachtet ließ.

Das Römische Recht kennt zwar auch unter Umständen eine Verkaufsbefugnis des Verkäufers für Rechnung des Käufers, knüpft diese aber nicht an die Nichtbeachtung der Mahnung, sondern an die Nichtbeachtung der Oblation[7]).

Jedenfalls geht uns diese Verkaufsbefugnis hier nichts an. Denn diese Verkaufsbefugnis, die hier als Folge der Mahnung auftritt, ist eine anderweitige Berechtigung, die dem Gläubiger zufällt; eine Berechtigung, die so wenig daran denkt, die Verpflichtung des Schuldners umzugestalten, daß sie vielmehr drauf aus ist: den Schuldner zu seiner Verpflichtung anzuhalten. Nicht die Verpflichtung des gemahnten Schuldners wird hier umgestaltet, sondern dessen Berechtigung. Und der Zweck dieser Berechtigungs-Umgestaltung ist Zufriedenstellung des Gläubigers wegen seiner Kaufgeldsforderung.

---

5) Bd. I., S. 72.

6) Vgl. Hahn, Commentar zu Art. 354, Bd. II., S. 271, 272.

7) fr. 1, § 3, de per. et com. 18, 6; fr. 8, de trit. leg. 33, 6. Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 346, Anm. 6, und § 280, Anm. 1.

Dies läßt sich auch so ausdrücken: die Pfandgläubigerbefugnisse, welche das H. G. B. dem Verkäufer beilegt, kümmern uns hier so wenig, wie sonst wo.

Freilich möchte man einwenden: der Verkäufer solle zufolge des H. G. B. nicht bloß für Rechnung des Käufers verkaufen, sondern auch Schadensersatz fordern dürfen. Allein dabei ist zunächst an den Fall gedacht, wenn durch den Erlös der Kaufpreis nicht ganz gedeckt wird. Der Kaufpreis betrage 100, der Erlös 90, so bleibt eine Schadensersatzforderung von 10. Aber selbst wenn der Verkäufer zu einer Schadensersatzforderung über den Kaufpreis hinaus berechtigt wäre, so wäre diese Schadensersatzforderung doch immer keine Folge seiner Verkaufsbefugnis, sondern eine anderweitige Folge der auf Zahlung des Kaufgeldes gerichteten, vom Schuldner aber nicht beachteten Mahnung. Die betreffende Verkaufsbefugnis scheidet demnach für uns auf alle Fälle aus.

Im übrigen haben wir auch hier zwischen Fixgeschäft und gutgläubigem Kaufgeschäft zu unterscheiden. Betrachten wir zunächst das Fixgeschäft.

Der Verkäufer hat hier die Wahl: ob er die Erfüllung des Vertrages und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre [8]). Denn die dritte im Gesetz genannte Befugnis kümmert uns den obigen Ausführungen zufolge hier nichts. Und das Recht, stillschweigend auch seinerseits vom Vertrage abzugehen und nur Schadensersatz zu verlangen, hat das Gesetz dem Verkäufer nicht eingeräumt [9]).

Auch ist er nicht befugt, falls die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, und die Preise gesunken sind, die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- und Börsenpreise zur Lieferungszeit einzuklagen [10]).

Besteht der Verkäufer auf Erfüllung, so wird man ihm gestatten müssen, statt des ihm durch die verspätete Erfüllung erwachsenen Schadens, als Interesse-Surrogat, Mahnungszinsen in Anspruch zu nehmen.

---

[8]) Art. 357, Abs. 1, vgl. mit Art. 354.

[9]) Vgl. Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. 12, S. 294.

[10]) Seuffert's Archiv, Bd. 20, Nr. 247; dasselbe Erkenntnis in Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. 12, S. 313, 314.

Will der Verkäufer auf Erfüllung bestehen, so muß er dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem Käufer anzeigen. Die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" reicht also für diese Wirkung nicht hin. Daß die betreffende Erklärung gerade nach Ablauf der Lieferungszeit erfolge, ist hier wohl ebenso wenig wie bei der fixen Verkaufsverpflichtung nothwendig [11]).

Fehlt es an einer derartigen rechtzeitigen Erklärung, so gilt der Vertrag als aufgehoben, soweit die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" reicht. Soweit dieses nicht der Fall, also wo der Verkäufer die Leistung beim Schuldner entgegenzunehmen, oder ihn an einem dritten Orte aufzusuchen hat, ist Mahnung erforderlich, damit der Verkäufer die Aufhebungsbefugnis erlange. Unterläßt der Verkäufer in solchen Fällen die Mahnung, weil ihm gar nicht um Erfüllung zu thun ist, so kommt es zunächst darauf an, was dann der Käufer, der übrigens eventuell am dritten Orte erschienen sein mußte [12]), beginnt. Besteht dieser z. B. unmittelbar nach Ablauf der Lieferungszeit auf Erfüllung, so muß erfüllt werden. Erfolgt aber eine derartige Erklärung von Seiten des Käufers nicht, so ist der Vertrag durch Zeitablauf aufgehoben worden.

Die Ausbedingung einer festbestimmten Zeit oder einer festbestimmten Frist ist für die fixe Kaufsverpflichtung in demselben Sinne Erfordernis wie für die fixe Verkaufsverpflichtung. Freilich lautet der Eingang des Art. 357 nur: „Ist bedungen, daß die Waare genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden soll" — und darnach könnte es scheinen: als ob eine fixe Verkaufsverpflichtung nothwendig eine fixe Kaufsverpflichtung im Gefolge hätte, wenn auch die Zeitbestimmung hinsichtlich der letzteren so unbestimmt wie nur möglich wäre. Allein es heißt doch gleich darauf in demselben Artikel ganz allgemein von beiden Contrahenten: „es muß jedoch derjenige, welcher auf der Erfüllung bestehen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem andern Contrahenten anzeigen" — und daraus kann man abnehmen: daß Zeit und Frist für beide Verpflichtungen in derselben Weise Erfordernis haben sein sollen.

So kann es freilich vorkommen, daß einer fixen Verkaufsverpflich-

---

11) Siehe oben, § 70, S. 99.

12) Siehe oben, § 70, S. 105.

tung auch eine nichtfixe Kaufsverpflichtung entspricht. Ein Beispiel dieser Art wäre folgendes.

Ein Milchhändler hatte contractlich von den Besitzern einer benachbarten Domaine täglich die frische Gutsmilch zu empfangen, und die in dem einen Monat erhaltene Milch im Laufe des folgenden Monats zu bezahlen.

Hier ist vielleicht die Verkaufsverpflichtung eine fixe, aber jedenfalls nicht die Kaufsverpflichtung.

Das Bundesoberhandelsgericht ist freilich anderer Meinung gewesen [13]). Allein diese Entscheidung ist um so auffallender, als es sich hier um eine Zeitbestimmung handelt, die nicht einmal unter die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" fällt. Und es wäre doch sonderbar, wenn eine Zeitbestimmung, die nicht einmal diese Rechtsregel anzöge, eine Verpflichtung im Sinne des Handelsgesetzbuches zu einer fixen sollte machen können.

Bei der gutgläubigen Kaufsverpflichtung haben wir die nämlichen Wirkungen, nur daß hier die Mahnung und die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" in anderer Weise auseinander gehen.

Will der Verkäufer von dem Vertrage abgehen, so muß er dies dem Käufer anzeigen, und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäftes dies zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren [14]): er muß also auf alle Fälle mahnen.

Will der Verkäufer Zahlung des Kaufpreises nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, bezw. das Interesse-Surrogat, so bedarf es keiner Mahnung, soweit die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" reicht. Im übrigen ist auch in dieser Beziehung Mahnung erforderlich, soweit der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, bezw. das Interesse-Surrogat in Betracht kommt.

Jetzt wäre noch auf Art. 359 einzugehen, der sich sowohl auf die Kaufs- wie die Verkaufsverpflichtung bezieht.

---

[13]) Siehe Entscheidungen des Bundes-Oberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räthen des Gerichtshofes, Bd. II., S. 84—86.

[14]) Art. 356.

§ 72.
Artikel 359 des A. D. H. G. B.

Der Artikel, welcher uns hier beschäftigen soll, lautet:

„Wenn in den Fällen der Artikel 354, 355 und 357 sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Contrahenten oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergibt, daß die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, so kann das Abgehen des einen Contrahenten von dem Vertrage nur in Betreff des von dem andern Contrahenten nicht erfüllten Theiles des Vertrages erfolgen."

Zunächst bedürfen die Worte „daß die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist" einer Erläuterung. An sich ist eine Erfüllung dann theilbar, wenn die Leistung sich auf theilbare Gegenstände bezieht. Es gibt indes eine doppelte Theilbarkeit: eine Theilbarkeit, wo die Summe der einzelnen Theile dem Werthe des Ganzen gleich kommt, und eine Theilbarkeit, wo dieses nicht der Fall ist. Wenn jemand z. B. eine Maschine zertrümmert, so theilt er auch nur; es ist dies aber eine andere Theilung, als wenn z. B. eine Last Getreide in 96 Scheffel aus einander gemessen wird. In unserm Artikel ist natürlich nur eine Theilbarkeit in's Auge gefaßt, bei der die Summe der einzelnen Theile dem Werthe des Ganzen gleich kommt.

Eine solche Theilbarkeit genügt aber noch gar nicht einmal, denn diese ergibt sich stets aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes. Nun sollen aber außer dieser Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes noch andere Umstände, insbesondere die Natur des Vertrages, in Betracht kommen können. Wir werden also den Begriff „Theilbarkeit" in einem noch engern Sinne zu nehmen haben.

Und da können denn allerdings anderweitige Umstände, insbesondere die Natur des Vertrages darauf hinweisen: daß, wenn auch die Summe der einzelnen Theile an sich dem Werthe des Ganzen gleich kommt, der einzelne Theil, z. B. die drittel Last, für den Gläubiger diesen vollen Werth doch nicht hat. Und so gelangen wir zu dem Satze, daß die Theilbarkeit ohne eine Benachtheiligung des Gläubigers ausführbar sein muß.

Es hat z. B. eine Eisenbahngesellschaft drei Locomotiven für die Summe von zehntausend gekauft, die je am letzten November, letzten

December und letzten Januar geliefert werden sollen. Der erste Termin wird eingehalten, nicht aber der zweite und dritte. Aus der Natur des Vertrages ergibt sich, daß die Locomotiven von der Eisenbahngesellschaft zum Transport benutzt werden sollten. Hier ist eine Theilung der Erfüllung ohne Benachtheiligung des Gläubigers ausführbar. Denn wenn er auch dadurch Schaden hat, daß die zweite und dritte Locomotive nicht rechtzeitig geliefert sind; so leistet ihm die erste Locomotive doch immer ganz dieselben Dienste, mögen nun die andern beiden nachfolgen oder ausbleiben.

Oder ein Kaufmann kauft 100 Last Getreide, den Scheffel zu 2 Thalern, die nach und nach geliefert werden sollen. Der Kaufmann will das Getreide aufspeichern lassen, und auf Steigen der Preise speculiren. Auch dieser Vertrag ist ohne Benachtheiligung des Gläubigers theilbar. Wollte dagegen der Kaufmann diese 100 Last Getreide haben, um ein bestimmtes Schiff, das gerade so viel fassen kann, damit zu beladen, so können ihm vielleicht 50 Last nichts nützen, weil er verpflichtet war, genau diese gekauften 100 Last und kein beliebiges anderes Getreide zu verladen; ein derartiger Vertrag wäre also nicht ohne Benachtheiligung des Gläubigers theilbar.

Uebrigens leidet die Fassung unsers Artikels an einem logischen Fehler. Denn was sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes ergibt: daß nämlich die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar — ist offenbar nichts anders als die Absicht der Contrahenten. Nun ist aber dieses Ergebnis den Umständen untergeordnet worden. Correct gesprochen hätte der Artikel so lauten müssen: wenn in den Fällen der Art. 354, 355 und 357 aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes sich als Absicht der Contrahenten ergibt, daß die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, u. s. w.

Die Theilbarkeit muß auf beiden Seiten vorliegen. Wenn z. B. ein Fabrikant eine Locomotive für 3000 verkauft hat, zu liefern am letzten Januar, worauf das eine Drittel am letzten November, das zweite am letzten December und das letzte Drittel bei der Ablieferung zu zahlen ist; so ist die Erfüllung im Sinne unsers Artikels auf verkäuferischer Seite nicht theilbar.

Auf käuferischer Seite wird eine Theilbarkeit der Erfüllung

immer vorliegen, wenn diese bloß aus Geld besteht. Da es aber dem Begriffe des Kaufes keinen Eintrag thut, wenn der Geldleistung eine Leistung andern Inhalts hinzugefügt wird [1]; so kann auch hier eine Untheilbarkeit im Sinne unsers Artikels vorkommen. Man setze z. B.: drei Locomotiven seien in der Weise gekauft, daß der Verkäufer 8000 baar erhält, daneben aber fünf alte Locomotiven wieder annehmen muß.

Die Frage: ob sich aus den Umständen als Absicht der Contrahenten ergibt, daß die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten ohne Benachtheiligung des Gläubigers theilbar ist — kann übrigens nur da aufgeworfen werden, wo Ratenleistungen zu verschiedenen Zeiten zulässig sind. Denn wo, was regelmäßig der Fall sein wird, der Gläubiger sich keine Theilzahlung gefallen zu lassen braucht, ergibt sich aus den Umständen als Absicht der Contrahenten einfach: daß der Gläubiger eine angebotene Theilzahlung zurückweisen kann. Wo aber der Gläubiger sich in dieser Lage befindet, kann unmöglich aus den Umständen, die den Contractsabschluß begleiteten, etwas für den Fall gefolgert werden, daß der Contract nicht so, wie er beabsichtigt war, ausgeführt wird. Dieser Punkt ist von Auerbach [2] und v. Hahn [3] gänzlich übersehen, jedenfalls nicht scharf genug hervorgehoben worden; die Richtigkeit der hier aufgestellten Ansicht wird indes durch die Motive, die unsern Artikel veranlaßten, bestätigt.

Unserm Artikel entspricht nämlich Art. 252 des Preußischen Entwurfes, welcher so lautet:

„Ergibt sich aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Vertrages, aus der Absicht der Contrahenten, oder aus der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes, daß die Erfüllung des Vertrages auf beiden Seiten theilbar ist, so kann die Aufhebung nur in Betreff des von dem andern Contrahenten nicht erfüllten Theiles des Vertrages gefordert werden."

Und hierzu heißt es in den Motiven [4]:

„Uebrigens kann es kein Bedenken haben, daß es der Nichterfüllung des Vertrages überhaupt gleich steht, wenn die Erfüllung auch nur theilweise unterlassen wird; es erscheint angemessen, daß

---

[1] fr. 6 § 1, 2 A. E. V. 19, 1.

[2] Das neue Handelsgesetz, 2. Abtheilung, S. 99—103.

[3] Commentar, Bd. II, S. 289—295.

[4] Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst Motiven, Berlin 1857, Bd. II, S. 132.

auch in diesem Falle die Auflösung des ganzen Vertrages verlangt werden kann. Es würde weder möglich noch zulässig sein, den ein Ganzes bildenden Contract willkürlich in Theile zu zerreißen. Nur da, wo der Vertrag sich gemäß dem Sachverhältnis als eine Zusammenfassung von mehreren Verträgen oder von Verpflichtungen zu wiederholten, nicht in wesentlicher Verbindung stehenden Leistungen darstellt und die Erfüllung auf beiden Seiten ohne Gefährde theilbar ist, rechtfertigt es sich und ist es der Natur der Sache entsprechend, daß die Auflösung nur innerhalb der Grenzen des von dem Säumigen nicht erfüllten Theils des Vertrages festgestellt wird, wie dies der Entwurf im Art. 252 ausspricht."

Was nun den Fall anbetrifft, wo es sich in der That um mehrere Verträge handelt, so scheidet derselbe billig ganz aus. Denn das kann nicht wohl zweifelhaft sein, wenn jemand zwei Verträge a und b abschließt, den Vertrag a erfüllt, den Vertrag b aber unerfüllt läßt: daß dann der Gläubiger nicht befugt ist, wegen Nichterfüllung des Vertrages b auch den Vertrag a aufzuheben. Dann bleibt aber nur der Fall übrig, wo der Vertrag sich als eine Zusammenfassung von Verpflichtungen zu wiederholten, nicht in wesentlicher Verbindung stehenden Leistungen darstellt. Und das liegt eben vor, wenn eine Leistung ratenweise zu verschiedenen Zeiten zu beschaffen ist. Es sollen aber nach den Motiven diese Ratenleistungen nicht in wesentlicher Verbindung mit einander stehen. Wenn es sich z. B. um 100 Last in täglichen Raten von je 10 Last zu lieferndes Getreide handelt, die ein Schiff voll machen sollen; so stehen die einzelnen Ratenleistungen in wesentlicher Verbindung mit einander. Wollte dagegen der Gläubiger diese 100 Last nur auf seinen Speicher nehmen, um damit vorerst zu speculiren; so ist die Erfüllung ohne Gefährdung des Gläubigers theilbar.

Ferner ist eine Erfüllung ohne Gefährdung des Gläubigers überall da theilbar, wo der Gläubiger über die Theilerfüllung bereits anderweitig verfügt hat. Dies um so mehr, als der Gläubiger hier gar nicht einmal in der Lage ist, den Vertrag in seiner Ganzheit als nichtgeschlossen zu behandeln.

Was unser Artikel für die Aufhebungsbefugnis vorschreibt, gilt ebenso für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung; und wenn des letztern nicht ausdrücklich gedacht wurde, so liegt dem lediglich ein Redactionsversehen zu Grunde. Der Preußische Entwurf hat nämlich

durch den Ausdruck „Aufhebung" den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung mit umfassen wollen [5]).

Ganz verschieden von dem Fall, auf welchen sich unser Artikel bezieht, ist der Fall, wenn ein Gläubiger eine Theilzahlung annimmt, wo er Vollzahlung zu verlangen berechtigt war. Hier kann in Annahme einer Theilzahlung eine Rücknahme der Mahnung liegen, so daß der Gläubiger gar nicht mehr im Stande ist, die Wirkungen einer früheren Mahnung geltend zu machen. Es kann darin aber auch nur liegen, daß der Gläubiger auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung bestehen werde: ein solcher Gläubiger hätte also nur auf seine Aufhebungsbefugnis, sowie seinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung verzichtet.

Fälle der letztern Art dürfen nicht mit unserm Artikel in Verbindung gebracht werden. Denn während unser Artikel eine Contrahentenabsicht im Auge hat, die sich bereits bei Eingehung des Vertrages kundgab; haben wir hier eine Handlung zu deuten, an die bei Eingehung des Vertrages, wie wir ihn hier zu Grunde legen müssen, gar nicht gedacht sein, für die mindestens aus den die Vertragseingehung begleitenden Umständen nichts folgen konnte.

Ferner berührt unser Artikel nur den Fall, wo die Theilzahlung vom gemahnten Schuldner erfolgte, nicht den, wo der Gläubiger seine Leistung bereits theilweise beschafft hatte. Dies ergeben ganz deutlich die Worte: „so kann das Abgehen des einen Contrahenten (des Gläubigers) von dem Vertrage nur in Betreff des von dem andern Contrahenten (dem gemahnten Schuldner) nicht erfüllten Theiles des Vertrages erfolgen." Denn nur der Gläubiger, der gemahnt hat, nicht der Schuldner, welcher gemahnt ist, hat die Befugnis, vom Vertrage abzugehen. In dieser Beziehung hat freilich das Berliner Obertribunal unsern Artikel ganz merkwürdig misverstanden [6]).

Unser Artikel soll nämlich dem gemahnten Schuldner eine Wohlthat erweisen. Soweit nämlich der Gläubiger nach den voraufgehenden Artikeln die Befugnis hat: vom Vertrage abzugehen, oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern — soll diese Befugnis eine Milderung erleiden, wenn und soweit die Voraussetzungen unseres Artikels zutreffen. Und da es sich hier um eine Wohlthat für den

---

[5]) Vgl. Auerbach a. a. O., S. 100, Anm. 1.

[6]) Seuffert's Archiv, Bd. 21, Nr. 148. Siehe oben S. 108.

Schuldner handelt, wird dieser nöthigenfalls zu beweisen haben: daß die Voraussetzungen unsers Artikels vorliegen — also namentlich: daß die einzelnen Ratenleistungen nicht in wesentlicher Verbindung mit einander standen, und deshalb die Erfüllung ohne Gefährdung des Gläubigers theilbar sei.

§ 73.
Ort der Schätzung.

Wir haben bereits gesehen: daß das Augenmerk des Römischen Geschwornen in zeitlicher Beziehung ursprünglich ein sehr eng begrenztes war [1]). Er sah auf den Zeitpunkt der Litiscontestation, die Vergangenheit vor, und die Zukunft nach der Litiscontestation kümmerte ihn ursprünglich nicht.

Dies wurde anders, als man die gutgläubigen Obligationen erfunden hatte: das Augenmerk des Geschwornen bewegte sich hier zwischen den beiden Zeitpunkten der Litiscontestation und des Urtheils; es war also beweglich geworden.

Außerdem dachte man aber auch an Vorrichtungen, die es ermöglichten: daß der Geschworne die Zeit vor der Litiscontestation berücksichtigte. Und ganz spät hatte man sogar dagegen nichts einzuwenden: daß der Geschworne über den Zeitpunkt des Urtheils hinaus bis zum Zeitpunkte der Erfüllung seine Blicke schweifen ließ [2]).

Einen ähnlichen Entwicklungsgang hat das örtliche Augenmerk des Römischen Geschwornen durchgemacht.

Ursprünglich gab es, wie nur einen Zeitpunkt, so auch nur einen Ort, der für den Römischen Geschwornen in Betracht kam; und dieser Ort war der, wo er sich selber befand.

Die Frage: welchen Ort er bei der vorzunehmenden Schätzung zu Grunde zu legen habe — konnte also für einen Römischen Geschwornen alten Schlags gar nicht entstehen. Denn es gab für ihn überall nur einen Ort, den er zu berücksichtigen hatte.

So mußte ein Römischer Geschworner alten Schlags zwar wohl die Getreidepreise, Oelpreise u. s. w., wie sie in Rom notirt wurden, im Kopfe haben; dagegen was Getreide, Oel u. s. w. in Capua, Ephesus oder sonst wo kostete, ließ ihn ziemlich gleichgültig.

---

1) Vgl. oben § 64 und sonst.

2) fr. 1 § 3 Us. 22, 1.

Dieser Satz ergibt sich auf folgende Weise. Ursprünglich konnte eine Leistung nur da eingeklagt werden, wo sie erfüllt werden mußte, und nur da erfüllt werden, wo sie eingeklagt werden mußte. Wenigstens wird uns dies für die Stipulation ausdrücklich bezeugt. Es heißt in fr. 1 de eo quod certo loco 13, 4.

> Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere.

Was von der Stipulation, wird ebenso von andern strengrechtlichen Obligationen gegolten haben, und die gutgläubigen Obligationen sind überall erst ein jüngeres Rechtsgebilde.

Wenn aber ein Römischer Geschworner nur Leistungen zu berücksichtigen hatte, die in Rom selber zu beschaffen waren; so konnte er gar nicht darauf verfallen, bei seiner Schätzung die Preise eines andern Ortes, etwa bei Getreide die von Capua, zu Grunde zu legen.

Nun denke man einmal: es hätte sich jemand eine Getreidelieferung in Capua versprechen lassen, hätte dort den Schuldner zur rechten Zeit nicht treffen können, und hätte diesen Schuldner dem Prätor in Rom vorgeführt. Der Prätor in Rom konnte ursprünglich eine solche Klage gar nicht annehmen: es stand also in der Macht eines solchen Schuldners, die Klage überall zu vereiteln [3]).

Dieser Zustand erheischte eine Aenderung. Es wurde eine actio arbitraria eingeführt, welche wir die actio de eo quod certo loco zu nennen pflegen. Mit dieser Klage konnte in Rom geklagt werden, wenn auch ein anderer Erfüllungsort verabredet war; der Römische Geschworne hatte dann die Preise dieses Erfüllungsortes zu berücksichtigen; das örtliche Augenmerk des Römischen Geschwornen war beweglich geworden.

Bei den gutgläubigen Obligationen machte sich dann die Entwicklung dahin, daß man die Grundsätze der actio de eo quod certo loco hier ohne den Mechanismus zur Anwendung brachte [4]); ebenso verfuhr man beim Constitut [5]); während man bei der condictio incerti den Apparat selber nicht glaubte entbehren zu können [6]).

So sehen wir denn: daß die Erweiterung des örtlichen Augen=

---

[3]) fr. 1 de eo quod certo loco 13, 4.

[4]) fr. 7 pr. de eo quod certo loco 13, 4.

[5]) fr. 16 § 1 de pec. const. 13, 5.

[6]) fr. 7 § 1 de eo quod certo loco 13, 4.

merks bei Vornahme der Schätzung mit der Competenzerweiterung des Römischen Geschwornen Hand in Hand geht — und wir wären damit bei dem Satze angelangt: daß der Römische Geschworne, wenn ein besonderer Erfüllungsort vereinbart, diesen bei seiner Abschätzung zu Grunde zu legen hatte. War Derartiges nicht vereinbart, so trat wieder der Ort ein, wo sich der Geschworne befand, also wo geklagt wurde.

fr. 4 de cond. trit. 13, 4. — Gajus.

idemque juris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur ejus loci, quo dari debuit, si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. quod et de ceteris rebus juris est.

In dieser Stelle wird, anlangend den Ort der Schätzung, besonders hervorgehoben, daß es keinen Unterschied mache, ob es sich um marktgängige Waaren oder andere Sachen handele [7]).

fr. 22 R. C. 12, 1. — Julianus.

interrogavi, cujus loci pretium sequi oporteat. respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.

Freilich wird in beiden Stellen unserer Mahnung noch nicht gedacht. Allein der Römische Geschworne hatte nun doch einmal vom Baume des Erkenntnisses verschiedener Ortspreise gegessen; und so konnte denn auch die Frage auftauchen, ob sich in dieser Beziehung nicht etwaige Wirkungen bei der Mahnung anbringen ließen.

fr. 3 § 3 A. E. V. 19, 1. — Pomponius.

Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur, item quo loco pluris fuit, vel quo venit vel ubi agatur.

Unter dem quo (loco) venit ist der Ort des Vertragsabschlusses zu verstehen, entsprechend dem quo (tempore) venit, d. i. der Zeit des Vertragsabschlusses [8]).

Cohnfeldt [9]) meint freilich: locus quo venit bedeute nach Römischem Sprachgebrauche nicht den Ort des Vertragsabschlusses,

---

[7]) Vgl. Cohnfeldt, Interesse, S. 251.

[8]) Vgl. oben § 68, S. 80.

[9]) Interesse, S. 256, 257.

sondern eine ausdrückliche Ortsbestimmung. Damit hat Cohnfeldt sagen wollen: locus quo venit beziehe sich auf einen ausdrücklich verabredeten Erfüllungsort. Er beruft sich hierfür auf:

fr. 3 de rebus auct. jud. 42, 5.

aut ubi quisque contraxerit. contractum autem non utique eo loco intellegitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.

ferner fr. 21 O. et A. 44, 7,

contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret se obligavit.

und fr. 3 § 4 A. E. V. 19, 1.

item non oportet ejus loci pretia spectari, in quo agatur, sed ejus, ubi vina tradi oportet: nam quod a Brundisio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundisi tradi oportet.

Dagegen ist zunächst einzuwenden: daß es sich hier gar nicht um einen locus quo venit, sondern um ein quo loco venit handelt. Und daß diese Worte sich nach Lateinischem Sprachgebrauch gar nicht auf den Ort des Vertragsabschlusses beziehen könnten: ist wohl eine etwas kühne Behauptung. Was die von Cohnfeldt angeführten Stellen anbetrifft, so sagen die beiden ersten nur: daß Ort des Contractes in einer besondern Beziehung [10]) soviel sei als Erfüllungsort. Daraus folgt nur nicht: daß dies die alleinige Bedeutung; und daß wir, was in besonderer Beziehung richtig, ganz allgemein zu nehmen hätten; daß wir demnach überall, wo wir auf eine ähnliche Verbindung wie „ubi quisque contraxerit“ stießen, stets an den Erfüllungsort denken müßten. Auch heißt es ja in der ersten Stelle nur „contractum . . non *utique* eo loco intellegitur, quo negotium gestum sit“; also: „nicht *schlechterdings* wird der Ort darunter verstanden, wo das Geschäft abgeschlossen worden“. Das heißt doch: die zunächst liegende Bedeutung der betreffenden Worte ist allerdings *Ort des Vertragsabschlusses*; es soll indes nicht nothwendig die alleinige sein. Und glaubt man in dieser Hinsicht noch besonderer Belege zu bedürfen, so möchte ich z. B. auf fr. 45 pr. de judiciis 5, 1 verweisen, wo sich die Worte „ubi contractum est“ auf den Ort des Vertragsabschlusses beziehen [11]). Auch wir sprechen heutzutage von

[10]) Vgl. v. Savigny, System, Bd. 8, S. 252 fgg.

[11]) v. Savigny, System, Bd. 8, S. 217.

einem Gerichtsstand des Contractes und meinen damit den Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Daraus folgt nur nicht, daß Contract nach Deutschem Sprachgebrauche soviel bedeute als Erfüllungsort.

Völlig nichtssagend ist endlich die dritte Stelle, wo von der Mora des Gläubigers die Rede ist, und gesagt wird: daß hier der Erfüllungsort an die Stelle des locus, in quo agatur, treten müsse; daß dies aber nicht immer derselbe Ort sei, wie der, wo der Vertrag abgeschlossen worden, z. B. dann nicht, wenn Wein an einem andern Orte „a Brundisio" verkauft wurde. Hier ist also gar nicht von einem locus quo venit, sondern höchstens von einem locus a quo venit die Rede.

Doch ich will nicht weiter gegen Cohnfeldt polemisiren, da ich in der Sache selber zu dem nämlichen Ergebnis gelange, nur auf etwas anderm Wege.

Der Ort des Vertragsabschlusses war für die Römer gleichzeitig der Erfüllungsort, falls in dieser Beziehung nichts anderes vereinbart worden. Dieser Satz war für das Römische Recht von Haus aus gegeben, wie sich auf folgende Weise herausstellt.

Der Römische Geschworne und Prätor war ursprünglich dann nicht competent, wenn ein anderer Erfüllungsort als Rom ausdrücklich verabredet worden: „alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset non videbatur agendi facultas competere"[12]). War dagegen in Rom eine Stipulation „sine loci adjectione"[13]) abgeschlossen, so stand nichts im Wege, daß aus einer solchen Stipulation in Rom geklagt wurde. Da nun Klageort und Erfüllungsort ursprünglich zusammenfielen, so mußte ein Römischer Schuldner, weil sein allgemeiner Gerichtsstand Rom war, falls kein anderer Erfüllungsort vereinbart worden, in Rom erfüllen. Und weil ein Römer seine Verpflichtungen meistens in Rom selbst eingegangen sein wird, so mußte sich dem Römischen Recht der Satz: daß der Ort des Vertragsabschlusses, falls nichts anderes verabredet, gleichzeitig als Erfüllungsort anzusehen sei — gleichsam von selber aufdrängen. Und dieser Satz hat sich auch in der spätern Zeit erhalten[14]).

Die hier in Frage stehende Stelle verstehe ich nun so. Wie keine bestimmte Erfüllungszeit[15]), so ist auch kein bestimmter Erfüllungsort

---

[12]) fr. 1 de eo quod certo loco.

[13]) Vgl. fr. 2 § 3 de eo quod certo loco 13, 4.

[14]) fr. 19 § 2 § 3; fr. 45 § 1 de judiciis 5, 1.

[15]) Vgl. oben § 69, S. 86, 87.

verabredet. Da nun aber doch jede Obligation ihren Erfüllungsort haben muß, so gilt der Ort der Entstehung, der Ort, wo der Kauf abgeschlossen wurde, gleichzeitig als der stillschweigend vereinbarte Erfüllungsort. Bei marktgängigen Waaren soll also der Käufer, wenn der Verkäufer eine Mahnung unbeachtet läßt, die Wahl haben zwischen den Preisen am stillschweigend vereinbarten Erfüllungsort und am Ort der Klaganstellung. Und da nun nicht einzusehen ist, warum was vom stillschweigend vereinbarten Erfüllungsort nicht auch vom ausdrücklich vereinbarten gelten soll; da uns die Grundsätze, welche das Römische Recht bei Gelegenheit der actio de eo quod certo loco aufgestellt hat, zu dieser Folgerung sogar nöthigen, weil hiernach doch vor allen Dingen der ausdrücklich vereinbarte Erfüllungsort auch zu Gunsten des Gläubigers berücksichtigt wurde [16]); so gelangen wir allgemein zu dem Satze: der Gläubiger hat bei Leistungen auf marktgängige Waaren, falls der Schuldner eine Mahnung unbeachtet läßt, die Wahl zwischen den Preisen des Erfüllungs- und des Klageortes.

Ferner zeigt uns das „item“ in unserer Stelle an, daß der Ort der Schätzung dem Zeitpunkte der Schätzung entsprechen soll. Der Zeit, wann gefordert werden konnte, entspricht der Ort, wo gefordert werden konnte; und der Zeit des Urtheils entspricht der Ort der Klage.

Nun haben wir gesehen: daß an die Stelle der Urtheilszeit heutzutage die Erfüllungszeit tritt [17]); da aber der Schätzungsort der Schätzungszeit entsprechen soll, werden wir demzufolge an die Stelle des Klageortes den Erfüllungsort zu setzen haben. So erhalten wir denn für das heutige Recht den Satz: der Gläubiger hat bei Leistungen auf marktgängige Waaren, falls der Schuldner eine Mahnung unbeachtet läßt, die Wahl zwischen den Preisen des vereinbarten und des wirklichen Erfüllungsortes.

Mommsen [18]) hat über den innern Grund der von Pomponius getroffenen Entscheidung wenigstens nachgedacht, was man keineswegs allen Schriftstellern über unsern Gegenstand nachrühmen kann [19]). Gleichwohl hat Mommsen sich in die Entscheidung nicht zu finden gewußt. Dies rührt einerseits daher: daß Mommsen für das heutige Recht an die Stelle des Klageortes nicht den Erfüllungsort

---

16) Vgl. z. B. fr. 2 pr. de eo quod certo loco 13, 4.

17) Vgl. oben § 69, S. 86, 87.

18) a. a. O., S. 222 fgg.

19) z. B. nicht v. Madai a. a. O. S. 331.

gesetzt hat; und weil Mommsen die Stelle vom Interessestandpunkt aus zu erklären sucht, während es sich hier nur um ein Interessesurrogat handelt.

Mommsen bemerkt S. 220:

„Am natürlichsten wäre es, wie überhaupt, so namentlich auch hier, wenn dem Kläger nur das Recht eingeräumt würde, das Interesse in Anspruch zu nehmen, welches er daran hatte, daß zu rechter Zeit an dem nach dem Inhalt der Obligation anzunehmenden Erfüllungsorte geleistet wäre."

Darauf erwidere ich: daß es mir nicht in den Sinn kommen kann, dem Gläubiger diese Befugnis bei Obligationen, welche auf's Interesse angelegt sind, zu nehmen. Glaubt ein Gläubiger im Stande zu sein, einen Beweis des Inhalts zu erbringen: daß er die betreffende Waare zu den Preisen eines bestimmten Ortes verkauft hätte — so möge er sein Heil versuchen. Und gelingt ihm ein derartiger Beweis, was allerdings unter Umständen möglich sein kann; so müssen ihm die Preise dieses Ortes zugesprochen werden[20]).

In dieser Beziehung kommt aber weniger der verabredete Lieferungsort, als solcher, als vielmehr der Bestimmungsort der Waare in Betracht. Hierüber finden sich sehr gute Bemerkungen bei Pauli[21]). Derselbe sagt S. 55, 56:

„Der Lieferungsort ist aber nicht immer der Bestimmungsort der Waare und nur dieser ist für den Käufer entscheidend; denn darin, daß diese Waare diesen erreiche, liegt sein Interesse. Vermag er also einen vom Lieferungsorte entfernt liegenden Bestimmungsort zu beweisen, auch dem etwaigen Einwande des Verkäufers, daß selbst bei rechtzeitiger Lieferung die Waare an den behaupteten Bestimmungsort nicht gelangt sein würde, zu begegnen, so ist für seine Schadensforderung der Marktpreis am Bestimmungsorte maßgebend."

„Ist daher von einem Seehandelsplatze aus eine Waare zur Verschiffung nach auswärts verkauft, und demgemäß zu einer con=

---

[20]) Vgl. Auerbach, das neue Handelsgesetz, 2. Abtheilung, S. 92 und 93.

[21]) In einer Abhandlung „Ist für den Schadensanspruch wegen verspäteter Lieferung immer der Marktpreis des Lieferungsortes maßgebend?" in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. III, S. 47—57. Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 22, Nr. 289.

tractlich bestimmten Zeit bereit zu halten, so wird, wenn durch Vertragsbrüchigkeit des Verkäufers die Verschiffung der Waare vereitelt wird, der Marktpreis am Bestimmungsorte zur Zeit, wo das Schiff diesen erreicht hätte, den Maßstab des Schadensanspruches bilden, nicht aber der Marktpreis des Verschiffungsortes, der für das Interesse des Käufers ganz irrelevant ist. Läge daher im vorliegenden Falle die Sache so, daß der Hanf vom Verkäufer an einem bestimmten Tage in Petersburg zur Verschiffung bereit zu halten gewesen wäre, und der Käufer hätte seinerseits alles gethan, um ihn in Empfang zu nehmen und nach England zu verschiffen, dem hätten auch äußere Umstände nicht hindernd im Wege gestanden, so würde der Marktpreis in England für seinen Schadensanspruch maßgebend sein. Es ist das in der Praxis deutscher Gerichte entschieden anerkannt, auch das Lübecker Oberappellationsgericht hat wiederholt in diesem Sinne entschieden. Nicht anders aber darf die Entscheidung ausfallen, wenn der Verkäufer die Waare an einem dritten Ort zur Verschiffung zu liefern verspricht, so daß dieser zum eigentlichen Verschiffungsorte gemacht wird, wie im vorliegenden Falle."

Diese Bemerkungen sind jedenfalls sehr treffend. Sie setzen jedoch immer einen Gläubiger voraus, der wirklich in der Lage ist, einen derartigen Beweis zu führen. Nun haben wir aber bereits mehrfach Gelegenheit gehabt, zu beobachten: daß die Leistungen auf marktgängige Waaren für den Interessebegriff ein schwieriges Gebiet sind. Und in dieser Ansicht können uns die Voraussetzungen, von denen Pauli ganz richtig in der hier fraglichen Beziehung den Interesseanspruch abhängig macht, nur bestärken. Wie wird es also: wenn der Gläubiger in Bezug auf den Ort der Schätzung den erforderlichen Beweis nicht bringen kann? Für Fälle dieser Art bedürfen wir eben ein Interessesurrogat. Und in Bezug auf dieses Interessesurrogat anlangend den Ort der Schätzung haben wir ebenso, wie bei dem Interessesurrogat anlangend den Zeitpunkt der Schätzung, zwischen steigenden und sinkenden Preisen zu unterscheiden.

Fassen wir zunächst steigende Preise in's Auge. Hier kann der Gläubiger auf Sachleistung bestehen. Dann kommt es heutzutage zunächst zu gar keiner Schätzung, also auch ein Schätzungsort vorerst nicht weiter in Betracht.

Es steht dem Gläubiger aber auch frei in Fällen, die sich dazu

eignen, als Interessesurrogat den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem höhern Marktpreise der Lieferungszeit zu fordern [22]). Da hier der Kaufpreis bereits festgegeben ist, so haben wir hier nur nöthig, den Ort des höhern Marktpreises der Lieferung festzustellen. Das ist aber hier der Ort, wo die Lieferung vereinbart war. Der Ort der wirklichen Lieferung kann hier um deswillen nicht in Betracht kommen, weil eine wirkliche Lieferung der Waare ja gar nicht begehrt wird, es sich hier vielmehr nur um ein Interessesurrogat wegen Nichtlieferung handelt. Hiermit stimmt das A. D. H. G. B. [23]) überein.

Gehen wir dann über zu den sinkenden Preisen. Hier kümmert uns nur der Fall, wo der Gläubiger auf Sachleistung besteht und daneben als Interessesurrogat den Unterschied der Preise zur verabredeten und wirklichen Erfüllungszeit in Anspruch nimmt, indem wir festzustellen haben, die Preise welchen Ortes zu Grunde gelegt werden müssen.

Das Interessesurrogat, anlangend den Zeitpunkt der Schätzung, beruht hier auf dem Grundgedanken: daß der Gläubiger, falls der Schuldner die Mahnung beachtet, zur verabredeten Lieferungszeit hätte verkaufen können.

Dem entsprechend haben wir für das hier in Betracht kommende Interessesurrogat die Frage aufzuwerfen: an welchem Orte der Gläubiger hätte verkaufen können?

Die Antwort auf diese Frage würde lauten, wenn wir lediglich die abstracte Möglichkeit in Betracht ziehen: ein Gläubiger hätte an jedem Ort der Welt verkaufen können, wo es einen Markt für die in Frage stehenden Waaren gibt. Und demzufolge würden wir dem Gläubiger die Befugnis zugestehen müssen, sich von allen Orten der Welt gerade den auszusuchen, wo die Preise zur verabredeten Lieferungszeit am höchsten notirt wurden.

Allein in solcher Weise die abstracte Möglichkeit auszubeuten, war überhaupt nicht Sache der Römischen Rechtsgelehrten. Und eine derartige Berücksichtigung der abstracten Möglichkeit könnte nur zu ungesunden Ergebnissen führen, da sie zu den concreten Verhältnissen des Lebens in einen zu großen Gegensatz treten würde. Gesetzt, auch der Gläubiger wäre ein Kaufmann gewesen, dem die ausgedehntesten Han=

---

[22]) Vgl. oben § 69, S. 84 fgg.

[23]) Art. 357, Abs. 3.

delsverbindungen zu Gebote gestanden, so ist es doch sehr fraglich: ob es ihm auf Grund seiner Handelsverbindungen möglich gewesen wäre, genau den Ort zur verabredeten Lieferungszeit auch nur ausfindig zu machen, wo in der Welt zu dieser Zeit die betreffende Waare am höchsten bezahlt wurde.

Andererseits wird sich der Schuldner aber auch nicht beschweren können, wenn wir dem Gläubiger das Wahlrecht zwischen den Preisen des Ortes, wo erfüllt werden sollte, und des Ortes, wo wirklich erfüllt wurde, einräumen. Denn hätte der Schuldner zur rechten Zeit am rechten Orte erfüllt, so hätte der Gläubiger hier ja verkaufen können. Weil nun aber einmal an einem andern Orte die Erfüllung erfolgte, so rechnet es sich einfacher, wenn bei Ermittelung der Differenz lediglich die Preise des wirklichen Erfüllungsortes zu Grunde gelegt werden, und diesen Rechnungsvortheil werden wir dem Gläubiger ebenso wenig versagen wollen.

Dazu kommt, daß die Preise des verabredeten Erfüllungsortes häufig gar nicht ohne weiteres brauchbar sein werden, weil noch ein Frachtzuschlag oder Frachtabzug erfolgen muß. Man vergleiche z. B. einmal die Kohlenpreise in den Englischen Kohlenhäfen und den Deutschen Ostseehäfen. Das ist so ohne weiteres gar nicht thunlich. Denn der Hauptwerth der Englischen Kohle in den Deutschen Ostseehäfen besteht gerade in der Seefracht, die es gekostet hat, die Kohle von England nach dem Ostseehafen zu verschiffen. Und der Betrag dieser Fracht muß bei einer beiderseitigen Vergleichung entweder zu der Englischen Kohle zugezählt, oder von der Kohle in den Ostseehäfen in Abzug gebracht werden.

Machen wir uns jetzt das Ergebnis noch durch ein Beispiel anschaulich. Der Ort a sei der verabredete, der Ort b der wirkliche Erfüllungsort. Zur Zeit der verabredeten Erfüllungszeit kostete die Waare in a 100 und in b 101, oder in b 101 und in a 100. Zur Zeit der wirklichen Erfüllung kostete die Waare in b 50. Der Preisunterschied, den hier der Schuldner zulegen muß, beträgt also auf alle Fälle 51. Für Abschätzung der Waare selber kann begreiflicher Weise nur der Ort der wirklichen Erfüllung in Betracht kommen, denn diesen Werth hat ja der Gläubiger in Wirklichkeit in Händen. Auch in diesem Falle haben wir also für den einen Werth einen festgegebenen Ort.

Jetzt wäre des Falles zu gedenken, wo der Schuldner in die Sachleistung verurtheilt ist, derselbe aber nicht gutwillig leistet, es also zur Execution kommt.

Hier wird der Schuldner die geschuldete Waare meistens nicht vorräthig haben, er wird sie meistens erst kaufen müssen, es wird also regelmäßig die Erzwingbarkeit einer Handlung in Frage stehen.

In solchen Fällen wird der Gläubiger nur selten sich veranlaßt finden, durch Ungehorsamsstrafen die wirkliche Leistung zu erzwingen: er wird vielmehr die Sachleistung in Geld umsetzen, und dann die Geldforderung executivisch beitreiben lassen.

In solchen Fällen wird es dann wieder ganz Römisch aussehen, nur daß an die Stelle der Urtheilszeit die Erfüllungszeit, und an die Stelle des Klageortes der im Urtheil angegebene Erfüllungsort tritt, und daß vom Standpunkte des heutigen Rechts keine Mahnungswirkungen, sondern Ungehorsamsnachtheile für einen Beklagten in Frage stehen. Der Gläubiger kann sich dann den höchsten Preis zur verabredeten oder wirklichen Erfüllungszeit und am verabredeten oder dem im Urtheil angegebenen Erfüllungsort aussuchen.

Es handelt sich hier ja allerdings um einen sehr wichtigen Gegensatz zwischen heutigem und Römischem Recht, insoferne nach Römischem Rechte sofort in Geld verurtheilt wurde, während ein heutiger Richter in die Handlung selber verurtheilt, und die Erzwingbarkeit dieser Handlung mindestens versucht werden kann. Andererseits muß man es aber mit dem Gegensatz, der in der hier fraglichen Beziehung zwischen dem heutigen und Römischen Rechte Statt findet, auch nicht übertreiben. Man übersieht meistens: daß, wo ein heutiger Schuldner gutwillig erfüllt, auch ein Römischer es oft nicht zur Condemnation wird haben kommen lassen; und daß der heutige Gläubiger in vielen Fällen keine Lust verspüren wird, Ungehorsamsstrafen wegen Vornahme von Handlungen zu beantragen, die von einem hartnäckigen Schuldner doch nicht zu erzwingen sind.

Fassen wir schließlich zusammen, was sich für das heutige Recht ergeben hat.

Fordert bei steigenden Preisen der Gläubiger den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und dem höhern Marktpreise der verabredeten Lieferungszeit; so ist für diesen Marktpreis der verabredete Lieferungsort zu Grunde zu legen.

Fordert bei sinkenden Preisen der Gläubiger neben der Sachleistung den Unterschied in den Preisen zur verabredeten und wirklichen Erfüllungszeit; so hat er anlangend die Preise der verabredeten Erfüllungszeit die Wahl zwischen den Preisen des verabredeten und wirklichen Erfüllungsortes.

Muß in der Executionsinstanz die Sachleistung in Geldleistung umgesetzt werden, so kann sich der Gläubiger den höchsten Preis zur verabredeten oder wirklichen Erfüllungszeit und am verabredeten oder im Urtheil, sei es nun ausdrücklich oder stillschweigend, angegebenen Erfüllungsort aussuchen.

Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen verschiedenen Ortspreisen kann diesem zufolge also nur vorkommen: wenn der wirkliche oder im Urtheil angegebene und der verabredete oder sonst gegebene Erfüllungsort auseinanderfallen. Es taucht demnach die Frage auf: in wie fern eine Nichtbeachtung der Mahnung zur Folge haben kann, daß der gemahnte Schuldner an einem andern als dem von Haus aus gegebenen, namentlich dem durch Verabredung, sei es ausdrückliche oder stillschweigende, gegebenen Erfüllungsorte leisten muß.

§ 74.

Ort der Erfüllung.

Was anlangend den Erfüllungsort bei den Römern Rechtens war, sofern es sich um Leistungen auf individuell bestimmte bewegliche Sachen handelte, haben wir bereits früher gesehen [1]). Grundstücke müssen selbstverständlich da geleistet werden, wo sie sich befinden. Geldzahlungen sind jedenfalls heute in der Regel in der Wohnung des Gläubigers zu beschaffen [2]). Für Leistungen von Quantitäten finden wir folgende Sätze aufgestellt [3]).

Ist ein Erfüllungsort vereinbart, oder durch letztwillige Verfügung, wenn auch nur stillschweigend, angeordnet; so hat der Schuldner hier zu leisten. Sonst darf der Gläubiger Erfüllung überall da begehren, wo er auf Erfüllung klagen kann. Klageort und Erfüllungsort fielen von Haus aus zusammen [4]). Nur bei Fideicommissen galt in dieser Hinsicht die Ausnahme, daß sie dort gefordert werden mußten, wo sich der größere Theil der Erbschaft befand. Vgl. namentlich:

fr. 1 de annuis leg. 33, 1. Pomponius.

> Cum in annos singulos quid legatum sit neque adscriptum, quo loco detur: quocumque loco petetur

1) Vgl. Bd. I, § 37, S. 383—386.
2) Vgl. Bd. I, § 13, S. 123.
3) Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 282.
4) Vgl. oben S. 122.

dari debet, sicut si [5]) ex stipulatu aut nomine facto petatur.

fr. 47 § 1 Leg. I, Ulp.

sin vero non fuit certa species, ibi erit praestandum ubi petitur.

fr. 38 de judiciis 5, 1. Luc. Rufus.

praeterea quod pondere aut numero aut mensura continetur, ibi dari debet, ubi petitur.

fr. 50 pr. eodem. Ulpianus.

et ita multis constitutionibus cavetur, ut ibi petatur fideicommissum, ubi major pars hereditatis est: nisi si probetur eo loco voluisse testatorem fideicommissum praestari, ubi petitur [6]).

Wie es sich in dieser Beziehung heutzutage verhält, darauf kann hier nicht eingegangen [7]), doch muß an einen hiermit in Zusammenhang stehenden Gegensatz zwischen Römischem und heutigem Recht, der uns bereits mehrfach beschäftigte, erinnert werden.

Wenn nämlich auch ein bestimmter Erfüllungsort ausdrücklich vereinbart war, der Gläubiger den Schuldner aber anderswo belangte, so konnte der Römische Geschworne nach den bei der actio de eo quod certo loco geltenden Grundsätzen, nur in der Weise verurtheilen, daß der Schuldner am Klageorte leiste, wobei ein etwaiges Ortsinteresse in Anschlag gebracht wurde.

Vielleicht war aber das Ortsinteresse gar so leicht nicht zu ermitteln: es war vielleicht nicht damit gethan, einfach die Preise zweier Orte zu vergleichen. Hier hätte denn also der Schuldner, um eine Verurtheilung unter dem Nominalbetrage der Schuld zu erreichen, genauern Nachweis geben müssen. Nun hatte er sich aber vielleicht ganz darauf eingerichtet, am vereinbarten Leistungsort zu erfüllen. Lag darin nicht eine große Härte: daß man ihm zumuthete, die Größe des Ortsinteresse nachzuweisen, wo vielleicht klägerische Laune im Spiele war? Um so mehr, als es ihm nicht frei gestanden hätte, an einem andern, als dem vereinbarten Orte Erfüllung anzubieten [8])?

---

[5]) So van de Water statt sicuti der Florentina.

[6]) Vgl. ferner fr. 52 § 1, 2 de Jud. 5, 1; c. un. C. ubi fideicommissum 3, 17.

[7]) Aus dem A. D. H. G. B. gehören hierher Art. 324, 325 u. 342, Absatz 1.

[8]) fr. 9 de eo quod certo loco 13, 4.

Zwei Auswege finden wir erwähnt, wie die Römer solcher Härte begegneten, von denen beiden bereits die Rede war [9]). Der eine Ausweg trägt beinahe schon ganz modernes Gepräge. Die Verurtheilung erfolgte am Klageort, wogegen der Kläger mit seinem Executionsantrag an den vereinbarten Erfüllungsort verwiesen wurde [10]).

Heutzutage greift in dieser Beziehung ein anderer Satz durch. Der heutige Richter kann aussprechen, daß eine Leistung an einem Orte vorgenommen werde, der außerhalb seines Gerichtssprengels liegt; und muß dies, wenn hierauf angetragen wird, und er das Gesuch des Klägers den Rechten gemäß findet. Der heutige Richter ist verpflichtet: den Ort festzustellen, wo die Leistung zu beschaffen, einerlei wo in der Welt dieser Ort liegt. Wie über andere Punkte, ist aber auch über diesen Verhandlung zulässig; so daß heutzutage schon das regelmäßige Verfahren den Schuldner in den Stand setzt, seine Einwendungen, die er in dieser Beziehung hat, zur Geltung zu bringen.

Wenn aber auch die Lage des heutigen Schuldners gegen etwaige Launen seiner Gläubiger in dieser Hinsicht gesicherter erscheint, als nach Römischem Recht; so wäre es doch eine ganz verkehrte Vorstellung, wenn man glauben wollte: daß von den Grundsätzen, welche die Römischen Rechtsgelehrten bei Gelegenheit der actio de eo quod certo loco entwickelt haben, heutzutage keine Anwendung mehr zu machen wäre. Denn damit, daß ein heutiger Richter ausspricht: der Beklagte solle an einem Orte außerhalb seines Gerichtssprengels erfüllen — ist die Sache noch nicht aus der Welt. Gesetzt, ein Hamburger Richter hätte einen Hamburger verurtheilt, eine Zahlung von tausend Pfund in London zu leisten. Wenn nun aber der Hamburger dem Erkenntnis keine Folge leistet? Dann kommt es zur Auspfändung. Es werden also die Sachen des Hamburger Schuldners verkauft. Da nun aber der Verkauf in Hamburg Statt findet, werden dafür keine Englische Pfunde, sondern Hamburger Courant gelöst. Der Hamburger Richter hat indes nicht nöthig, dieses in Englische Pfunde umzuwechseln, sondern er berechnet, unter Berücksichtigung des Ortsinteresse, wie viel tausend Pfund in London zu zahlen, am Tage der wirklichen Erfüllung in Hamburg kosten, und läßt dem Gläubiger soviel Hamburger Courant durch seinen Executor zustellen. Der Hamburger

---

9) Vgl. Bd. I, § 54, S. 527.

10) fr. 45 § 1 de judiciis 5, 1.

Richter rechnet also in diesem Falle geradeso, wie der Römische Geschworne bei der actio de eo quod certo loco.

Hier haben wir also schon ein Beispiel, wo die wirkliche Erfüllung an einem andern Orte erfolgt, als sie hätte erfolgen sollen; und dies sind gerade die Fälle, wo bei Geld- oder Quantitätenleistungen auch noch heutzutage die Grundsätze über das Ortsinteresse, wie die Römischen Rechtsgelehrten es bei Gelegenheit der actio de eo quod certo loco entwickelt haben, Platz greifen [11]).

Da es sich hier aber um einen Schuldner handelt, der sich nicht darauf beschränkt hat, eine Mahnung unbeachtet zu lassen, sondern auch richterlichen Befehlen Ungehorsam entgegengesetzt hat; und da diese Folgen des Ungehorsams hier in Betracht kommen: so liegt dieser Fall noch außer unserm Bereiche. Verlassen wir also die Executionsinstanz und die actio de eo quod certo loco, und wenden wir uns der Beantwortung der aufgestellten Frage zu: in wie fern eine Nichtbeachtung der Mahnung, und, was dem heutzutage gleich steht, Nichtinnehaltung eines Termins, zur Folge haben kann: daß der Schuldner an einem andern, als dem von Haus aus, namentlich durch Verabredung, gegebenen Erfüllungsort erfüllen muß.

Zunächst kann dies schon durch das Interesse des Gläubigers geboten erscheinen [12]). Es hat sich z. B. ein Militär bei einem Schneider in Rostock einen Anzug zum 8. December, Mittags 12 Uhr, bestellt, den er mit nach Magdeburg nehmen will, wohin er versetzt ist, und wohin er am gedachten Tage abzureisen gedenkt. Hier ist der ursprünglich vereinbarte Erfüllungsort Rostock. Wenn dann aber der Schneider kein Wort hält, so kann der Gläubiger verlangen: daß ihm der Anzug auf Gefahr und Kosten des Schneiders nach Magdeburg nachgeschickt werde. Während also der Gläubiger ursprünglich nur Erfüllung in Rostock verlangen konnte, ist er jetzt, weil der Schneider nicht rechtzeitig lieferte, berechtigt, auf Erfüllung in Magdeburg zu dringen; und zwar gelangt man zu diesem Ergebnis vom Gesichtspunkt des Interessebegriffes aus.

Allein es gibt auch Fälle, wo die Nichtbeachtung einer Mahnung die fragliche Wirkung haben kann, ohne daß wir genöthigt sind, auf die Interessevoraussetzung zurückzugehen.

---

[11]) Vgl. oben, Bd. I., § 25, S. 283, 284.
[12]) Vgl. Bd. I., § 54, S. 527, 528.

Betrachten wir uns einmal die Fälle, wo nach dem Inhalt der ursprünglichen Obligation der Gläubiger sich zur Entgegennahme der Leistung zu einer bestimmten Zeit, z. B. am 8. December, beim Schuldner, oder an einem dritten Orte einzufinden hat. Der Gläubiger stellt sich zur rechten Zeit ein, der Schuldner ist aber entweder nicht anzutreffen, oder verweigert die Zahlung. Hier kann der Gläubiger doch unmöglich verpflichtet sein, wiederzukommen. Allerdings war er nach dem Inhalt der Obligation verpflichtet, sich beim Schuldner oder am dritten Orte einzufinden. Er war aber doch immer nur verpflichtet, diesen Weg einmal, nicht mehrmals zurückzulegen; und dieser Verpflichtung hat er vollständig genügt. Andererseits kann die Nichtbeachtung der Mahnung von Seiten des Schuldners regelmäßig keine Aufhebung der Obligation zur Folge haben. Der Gläubiger ist also berechtigt, auf der Erfüllung zu bestehen. Wir haben jetzt also eine Obligation erhalten, deren Erfüllung der Gläubiger verlangen kann, ohne daß er nöthig hat, sich zum Schuldner, oder an einen dritten Ort zu begeben. D. h. m. a. W.: der Schuldner hat, weil er die Mahnung unbeachtet ließ, die Leistung beim Gläubiger vorzunehmen [13]).

Zu diesem Ergebnis gelangt man, ohne daß man nöthig hat, auf den Interessebegriff zurückzugehen; und solches Verlangen, daß der Schuldner die Leistung beim Gläubiger vornehme, ist bei Obligationen der fraglichen Art gerechtfertigt, ohne daß dem Gläubiger zugemuthet werden kann, sein desfallsiges Interesse darzulegen. Freilich! erheischte sein Interesse die Erfüllung an einem andern Orte, so ist es ihm unverwehrt, sein desfallsiges Interesse darzulegen und Leistung an diesem Orte zu verlangen. Der Gläubiger war z. B. am 8. December auf einer Geschäftsreise begriffen, der gemahnte Schuldner wohnte im Orte a' mit dem hier einzuziehenden Gelde wollte der Gläubiger einen Posten decken, den er im Orte b schuldete, und den er auf seiner Geschäftsreise noch berührte, ehe er an seinen Wohnort c wieder zurückkehrte. Dies war dem Schuldner alles gar wohl bekannt, er zahlte aber trotzdem nicht. Hier kann der Gläubiger seinem Schuldner in folgender Weise entgegentreten: ich will das Geld gar nicht nach c, sondern auf deine Gefahr und Kosten nach b hingesandt haben; denn dort hätte ich schon während meiner Geschäftsreise den fraglichen Posten gedeckt, wenn du meine Mahnung nicht unbeachtet gelassen hättest.

---

[13]) Vgl. Bd. I., § 58, S. 562.

Und andererseits, wenn der Gläubiger verlangt, daß der Schuldner das Geld auf seine Gefahr und Kosten nach c schicke, kann dieser nicht etwa entgegen halten: ich will lieber an deinen Gläubiger in b zahlen, weil du das Geld benutzen wolltest, um einen Posten in b zu decken. Denn wie der Schuldner überhaupt nicht befugt ist, an den Gläubiger seines Gläubigers ohne des letztern Zustimmung wirksam zu zahlen, so ist er es auch nicht in diesem Fall[14]). Nicht für den Schuldner, sondern für den Gläubiger entstehen in Folge der Mahnung Berechtigungen[15]).

Wir sind hier also wiederum auf eine Wirkung der Mahnung gestoßen, die sich nicht aus dem Interessebegriff herleiten läßt. Der Nachtheil, welcher hier den Schuldner trifft, beruht auf seiner Unvermeidlichkeit. Denn da man die Obliegenheiten eines Gläubigers, weil der Schuldner eine Mahnung unbeachtet ließ, unmöglich mehren kann; und da der Gläubiger berechtigt ist, Erfüllung zu verlangen: muß jetzt der Schuldner, damit es zur Erfüllung komme, den Weg wandeln, den der Gläubiger nicht nöthig hat, zum zweiten Male wieder zurückzulegen.

Hier wäre der Ort, auf folgende Stelle näher einzugehen.

fr. 2. § 2, 3, de eo quod certo loco 13, 4. — Ulpianus.

Si quis Ephesi decem aut Capuae hominem dari stipulatus experiatur, non debet detracto altero loco experiri, ne auferat loci utilitatem reo. (§ 3.) Scaevola libro quinto decimo quaestionum ait non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate, sed quid debeat, esse in ejus arbitrio, an debeat, non esse. et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quamdiu ambo vivunt:	Wenn jemand klagt, der sich in Ephesus zehn oder in Capua einen Sclaven hat versprechen lassen, so darf er nicht so klagen, daß er einen von beiden Orten wegläßt, damit er den Schuldner nicht um den Vortheil dieses Ortes bringt. Scävola im fünfzehnten Buche seiner Quästionen sagt: dasjenige, was stillschweigend den Inhalt der Stipulationen bilde, stehe nicht schlechterdings immer in der Gewalt des Schuldners; sondern was er schulde, nicht ob er schulde, stehe in seinem Belieben. Wenn

---

14) Vgl. hierüber Windscheid, Pandekten, Bd. II., § 342, Anm. 42.

15) Vgl. unten, § 90, Nr. 11.

ceterum ubi alter decessit, extingui ejus electionem, ne sit in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. quare et in proposito eum, qui promisit Ephesi aut Capuae, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse: semper enim alium locum electurum: sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio, an debeat: quare putat posse ab eo peti altero loco et sine loci adjectione: damus igitur actori electionem petitionis. et generaliter definit Scaevola petitorem electionem habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem. proinde mixta, inquit, rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem.

daher jemand den Stichus oder Pamphilus verspreche, so habe er die Wahl, was er zahlen wolle, so lange beide lebten. Sobald übrigens einer von beiden gestorben sei, höre sein Wahlrecht auf, damit es nicht in seinem Belieben stände, ob er schulde, indem er den lebenden nicht leisten will, welchen er allein schuldet. Deshalb hätte auch im vorliegenden Fall derjenige, welcher zu Ephesus oder Capua versprochen hat, nicht belangt werden können, wenn es in seinem eigenen Belieben gestanden, wo von ihm eingeklagt werde. Da er nämlich immer einen andern Ort wählen werde, komme es so, daß es in seinem eigenen Belieben stehe, ob er schulde. Deshalb, meint er, könne von ihm an einem von beiden Orten eingeklagt werden, und zwar ohne Hinzufügung des Ortes. Wir geben also dem Kläger die Wahl der Einklagung. Und allgemein faßt Scävola die Regel dahin: der Kläger habe die Wahl, wo er klage, der Schuldner, wo er zahle, nämlich vor der Klage. Deshalb, sagt er, begründet die der Ortsalternative beigemischte Sachalternative nothwendig wegen des Ortes das Wahlrecht des Klägers auch wegen der Sache. Sonst nimmst du ihm die Klage, indem du dem Schuldner das Wahlrecht erhalten willst.

Im § 2 hat Ulpian die actio de eo quod certo loco vor Augen, deren Formel wir uns etwa so zu denken haben[16]):

> Judex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Ephesi decem aut Capuae hominem dare oportere, quanti arbitratu tuo interfuerit eam pecuniam Ephesi potius aut illum hominem Capuae potius quam Romae dari, tantam pecuniam Nm. Nm. A°. A°. c. s. n. p. a.

Wir dürfen nicht etwa den einen Ort Ephesus oder Capua fortlassen, denn Ulpian sagt ja: es dürfe nicht detracto altero loco geklagt werden, damit der Kläger den Schuldner in seinem Wahlrecht nicht beschränke.

Ulpian denkt sich die Sache so, daß weder in Capua noch in Ephesus, sondern an einem dritten Ort, z. B. in Rom geklagt wird. Hier ergaben sich in dem Termine, wo die Formel festgestellt werden mußte, noch keine Schwierigkeiten; wenn der Schuldner sich auch noch gar nicht darüber erklärt hatte, an welchem Orte er leisten wolle.

Aber, wenn der Geschworne nun gefunden hatte, daß die Forderung des Klägers begründet sei, und der Beklagte nicht gutwillig leistete, wie wurde es dann weiter? Rechnete der Geschworne dann beides aus: sowohl was ein Sclave, in Capua zu zahlen, in Rom koste; als auch, wie theuer eine Summe Geldes, in Ephesus zu zahlen, in Rom sei? Und wenn das Facit in einem Falle elf, im andern neun wurde, wie mag dann das Urtheil gelautet haben? Es wäre möglich, daß der Geschworne dann in die geringere Summe, also in 9, verurtheilt hätte.

Im § 3 liegt der Fall etwas anders. Hier hat allerdings auch der Schuldner in Ephesus Geld oder in Capua einen Sclaven versprochen, allein es war gegen ihn an einem dritten Orte, z. B. in Rom, kein Gerichtsstand begründet; der Gläubiger vielmehr darauf beschränkt, ihn entweder in Ephesus oder Capua zu verklagen. Hier mußten sich im Litiscontestationstermine, wo die Formel festgestellt wurde, Schwierigkeiten ergeben. Nehmen wir einmal an, es sei in Ephesus geklagt; wie hätte die Formel einer actio de eo quod certo loco lauten sollen? Etwa so:

> Judex esto. Si paret Nm. Nm. A°. A°. decem aut

---

[16]) Vgl. Bd. I., § 25, S. 264, 265.

Capuae hominem dare oportere, decem aut quanti arbitratu tuo interfuerit illum hominem Capuae potius quam Ephesi dari, tantam pecuniam Nm. Nm. A°. A°. c. s. n. p. a.?

Das wäre aber keine actio de eo quod certo loco, sondern ein Mittelding zwischen dieser und condictio certi geworden, also eine Formel, die es gar nicht gab.

Den Versuch, eine derartige Formel zu bilden, macht Scävola denn auch gar nicht; er faßt vielmehr nur die Möglichkeit in's Auge: daß der Kläger an einem von beiden Orten mit der Condictio klagen will. Welche Schwierigkeiten sich dann aber darbieten mußten, entnehmen wir aus folgender Stelle:

§ 33, J. de act. 4, 6.

Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit: — — — — — — — — — — — — —

Huic autem, qui loco plus petere intellegitur, proximus est is qui causa plus petit: ut ecce si quis ita a te stipulatus sit „hominem Stichum aut decem aureos dare spondes?" deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem tantum.

So war denn unser Kläger in einer sehr fatalen Lage. Ihm werden geschuldet: zehn in Ephesus, oder ein Sclave in Capua. Klagte er nun in Ephesus die zehn oder den Sclaven ein, so lag rücksichtlich des Sclaven eine plus petitio loco vor; beschränkte er sich hingegen auf die zehn, so haben wir die plus petitio causa.

Daher sagt denn Scävola: in einem solchen Falle kann das Wahlrecht des Schuldners unmöglich länger dauern, als bis zum Litiscontestationstermin; entscheidet er sich dann nicht, so muß das Wahlrecht auf den Gläubiger übergehen. Alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem. Und zwar hat der Gläubiger in einem solchen Falle nicht bloß den Ort, sondern auch die Art der Leistung zu bestimmen. Mixta rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum. Der entscheidende Zeitpunkt, wann das Wahlrecht auf den Gläubiger übergeht, ist der der petitio. Petitorem

electionem habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem.

Petere, petitio, hat hier, wie häufig [17]), die engere Bedeutung von petere per formulam, d. i. intendere. Vorher ist der Kläger nach Römischer Anschauung erst einer, qui petere vult [18]). Dies ersehen wir daraus: daß hier gerade die Nachtheile der plus petitio vermieden werden sollen, in welcher Verbindung petitio die engere Bedeutung ebenfalls hat. Denn bevor die Formel festgestellt war, konnte ein Römischer Kläger, ohne daß ihn Nachtheile trafen, soviel er nur wollte, zuviel fordern. Es war noch zeitig genug, wenn er nur im Litiscontestationstermin zur Besinnung kam; er durfte nur nicht ein Zuviel in die Intention hineinbringen. So heißt es denn auch bei Gajus an dem Orte, welcher theilweise der oben ausgeschriebenen Institutionenstelle entspricht [19]), viel genauer:

> Causa plus petitur velut si quis in intentione tollat electionem debitoris quam is habet obligationis jure.

Andererseits spricht für diese engere Bedeutung von petere in unserer Stelle: daß das Wahlrecht aus dringender Nothwendigkeit, ex necessitate, um ihn nicht um seine Klage zu bringen, auf den Gläubiger übergehen solle. Ein solcher Nothstand lag aber nicht eher vor, als bis es zum Litiscontestationstermine gekommen war. Wenn der Beklagte sich nur noch in diesem Termine, bevor es zur Feststellung der Formel kam, entschied, wo er leisten wollte, und in dieser Beziehung mindestens ein bindendes Versprechen abgab, dann war alles gut; denn dann wußte der Gläubiger ja, woran er war, und wo er den Schuldner belangen konnte.

Müssen wir aber petere, petitio in unserer Stelle in dieser engern Bedeutung nehmen, so ergibt sich, daß eine Mahnung, wenn auch nur in Gestalt einer Klagmittheilung, jedenfalls schon voraufgegangen sein muß. Wir haben es also in unserer Stelle in der That mit einer Wirkung zu thun, die Nichtbeachtung einer Mahnung nach sich zog.

---

17) fr. 27, § 6, de pactis 2, 14; fr. 2 de us. 22, 1; fr. 57 pr., § 1, Sol. 46, 3; fr. 39, § 1, Leg. I. vgl. dazu Bd. I., § 39, S. 404; fr. 21, de comp. 16, 2, vgl. dazu Bd. I, § 34, S. 362.

18) fr. 15, Ratam rem, 46, 8.

19) Gajus IV., 53.

Weiter wäre zur Erläuterung unserer Stelle zu bemerken, daß Scävola unter dem ea, quae tacite insunt stipulationibus, das Wahlrecht des Schuldners versteht, das demselben bei Stipulationen von der Fassung, wie Scävola sie vor Augen hatte, nicht ausdrücklich, sondern nur stillschweigend eingeräumt war. Scävola meint: ein ihm so stillschweigend eingeräumtes Wahlrecht dürfe der Schuldner nicht in der Weise ausbeuten, daß es von ihm abhinge, ob er überhaupt schulde. Hätte er z. B. den Sclaven Stichus oder Pamphilus versprochen, so dürfe er dann nicht mehr wählen, wenn einer von beiden bereits gestorben sei. Hätte er ferner in Ephesus oder Capua versprochen, und wäre ein weiterer Gerichtsstand gegen ihn nicht begründet, als an diesen beiden Orten; so müsse sein Wahlrecht mit dem Litiscontestationstermine aufhören. Denn sonst würde er immer einen andern Ort wählen, als wo der Gläubiger geklagt hätte; und so diesen nach den Gesetzen der plus petitio [20]) ganz um seine Forderung bringen.

Bei den Worten „semper in rei esse potestate" mag daran erinnert werden, daß nach Römischer Anschauung, wo dem Schuldner das Wahlrecht stillschweigend eingeräumt war, als Regel galt, daß derselbe bis zur wirklichen Zahlung seine Wahl immer noch ändern könne [21]). Die Römer beurtheilten also einen stillschweigend abgeschlossenen Vertrag in dieser Hinsicht anders als einen ausdrücklich abgeschlossenen; eine Unterscheidung, die heutzutage freilich keinen Sinn mehr hat [22]).

Mommsen [23]) scheint anzunehmen: daß § 2 und § 3 unserer Stelle ganz denselben Fall behandelten, und deshalb ist es ihm zweifelhaft „ob Ulpian die im § 3 der Stelle von ihm referirte Ansicht des Scävola wirklich gebilligt hat".

Allein das Verhältnis dieser beiden Paragraphen zu einander haben schon Duaren [24]) und Pacius [25]) ganz richtig aufgefaßt. Letzterer sagt in dieser Beziehung:

---

[20]) Vgl. v. Keller Civilproceß § 44.

[21]) fr. 106, fr. 138 § 1 V. O. 45, 1.

[22]) Vgl. über diese Frage Windscheid Pandekten, Bd. II, § 255, Anm. 9.

[23]) a. a. O., S. 262, Anm. 10.

[24]) Commentatio ad titulum de eo quod certo loco, cap. 3. Opera, Francofurti 1707, pag. 925, 926.

[25]) Legum conciliatarum centurio IV qu. 30 Lugduni 1631, pag. 309.

„Solutio: In d. § Si quis Ephesi ponitur regula, ut fiat mentio utriusque loci. in d. § Scaevola subjicitur exceptio: nisi altero ex locis stipulationi adjectis agatur: tunc enim loci mentio non requiritur. quod J. C. diserte docet, cum ait „„posse ab eo peti altero loco et sine loci adjectione"". manet igitur vera regula cum agitur [26]) tertio aliquo loco non nominato in stipulatione."

Glück [27]) meint freilich:

„Die Worte: Quare et in proposito in Verbindung mit den letzten Worten des § 3 beweisen klar, daß Ulpian den im § 2 vorgetragenen Fall im § 3 verfolge."

Dem gegenüber ist zu bemerken: daß im § 3 der im § 2 vorgetragene Fall zwar im allgemeinen weiter verfolgt wird, aber doch immer nur mit einer Modification. Den Fall genau so, wie er im § 2 gedacht war, noch einmal zu erörtern: hätte auch kaum einen Sinn gehabt. Welches die Modification war, ergibt sich aus den Worten „si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur". Denn daraus geht hervor: daß der Schuldner nur in Capua oder Ephesus belangt werden, und ein weiterer Gerichtsstand, wo mit einer actio de eo quod certo loco geklagt werden konnte, gegen ihn nicht begründet war. Zu beachten sind in dieser Beziehung auch im § 2 die Worte „non debet detracto altero loco experiri". Also nur einer von beiden Orten soll nicht abgezogen werden; an die Möglichkeit, daß gar kein Ort in der Formel erwähnt würde, wird hier offenbar nicht gedacht. Daraus ergibt sich: daß wir hier auf die actio de eo quod certo loco verwiesen sind. Bei einer gewöhnlichen Condiction hätte die Erwähnung des Erfüllungsortes gar keinen Sinn gehabt. Dieser verstand sich hier von selber, es war immer der Ort des Gerichts. Und weil nun nach § 3 an einem von beiden Orten, und zwar sine loci adjectione geklagt werden soll; so ist daraus zu entnehmen, daß es sich hier um eine gewöhnliche Condiction handelt.

Auch darüber ist man nicht einerlei Ansicht, ob der § 3 mit unserer Mahnung wirklich etwas zu thun habe. Dafür z. B. Thi-

---

[26]) In der mir vorliegenden Ausgabe steht freilich igitur, was aber ein offenbarer Druckfehler für agitur ist.

[27]) Erläuterung der Pandekten, Bd. 13, S. 312.

baut [28]), und neuerdings Wetzell [29]); dagegen die herrschende Meinung [30]). Allein da das Wahlrecht auf den Gläubiger erst im Litiscontestationstermin überging; diesem Termine aber jedenfalls, sei es auch nur in Gestalt einer Klagmittheilung, eine Mahnung voraufgegangen sein muß; da ferner die fraglichen Nachtheile nicht eingetreten wären, wenn der Schuldner diese Mahnung beachtet, sei es auch nur so weit, daß er die Vorhandlung vorgenommen, d. h. sein Wahlrecht in einer Weise, die ihn gebunden, ausgeübt hätte: so können wir nicht füglich daran zweifeln, daß es sich hier um Wirkungen unserer Mahnung handelt.

v. Vangerow a. a. O. macht freilich geltend:

„Uebrigens geht aus dem Bisherigen auch noch das hervor, daß selbst bei einer alternatio locorum nicht der Verzug des Schuldners es ist, welcher den Uebergang des Wahlrechts auf den Gläubiger herbeiführt, sondern daß dabei rein nur der Zeitpunkt der Klaganstellung entscheidet."

Hier verwechselt v. Vangerow die Begriffe Ursache und Wirkung mit einander. Daß der Gläubiger im § 3 nach seiner Wahl an einem der beiden Orte mit einer gewöhnlichen Condiction klagen konnte, ohne den Gefahren einer plus petitio ausgesetzt zu sein: war ja gerade eine Folge des Umstandes, daß der Schuldner die Mahnung nicht beachtet hatte. Freilich hatte die Ausübung des Wahlrechtes von Seiten des Schuldners bis zum Litiscontestationstermine Zeit: das kommt ja aber auch sonst vor, daß der Schuldner, so lange noch res integra, die von ihm geforderte Handlung nachholen kann [31]).

Heutzutage ist diese Wirkung der Mahnung freilich weggefallen. Wenn z. B. jemand heutzutage zehntausend in Berlin oder ein Haus in Hamburg schuldet; so können Klagegesuch wie Urtheil an beiden Orten, genau der Verpflichtung entsprechend, eingerichtet werden. Daraus folgt nur nicht, daß unsere Stelle für das heutige Recht gänzlich unbeachtlich ist. Die Schwierigkeiten, welche bei den Römern schon im Litiscontestationstermine eintraten, stellen sich heutzutage in

[28]) Pandekten, Bd. I, § 103.

[29]) Civilproceß, § 41, Text bei Anm. 8, erste Auflage, S. 349, zweite Auflage, S. 442, 443.

[30]) So v. Vangerow, Pandekten, Bd. III, § 569, Anm. 1, S. 20; Mommsen a. a. O., S. 261; Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 255, Anm. 11.

[31]) fr. 24 § 4 Loc. 19, 2, fr. 91 § 3 V. O. 45, 1 u. v. a. m.

der Executionsinstanz ein. Denn wenn z. B. der Schuldner rechtskräftig verurtheilt wäre, in Berlin zehntausend oder in Hamburg ein Haus zu leisten; derselbe aber diesem Erkenntnis nicht gutwillig nachkäme: wie dann weiter? Dann ist dem Beklagten auf Antrag des Klägers vom Richter aufzugeben, sich binnen Ordnungsfrist darüber zu erklären, wo er leisten wolle, unter dem Rechtsnachtheile, daß sonst das Wahlrecht auf den Gläubiger übergehe [32]). Unpractisch ist also unsere Stelle für das heutige Recht keineswegs. Der hier für den Schuldner ausgesprochene Nachtheil knüpft sich aber heutzutage nicht mehr an die Mahnung, sondern an den Ungehorsam des Beklagten gegen richterliche Auflagen.

Aber auch noch deshalb ist unsere Stelle bemerkenswerth, weil sie uns zeigt, wie wenig die Römer daran dachten: alle Wirkungen der Mahnung, wie bei Mommsen geschieht, auf den Interessebegriff zurückzuführen. Der Gesichtspunkt, von welchem Scävola bei seiner Entscheidung geleitet wurde, ist vielmehr der: es läßt sich nicht anders machen, und folglich muß der Schuldner leiden, er hätte ja die Mahnung beachten können. Und dies ist ganz derselbe Gesichtspunkt, den wir uns bereits bei unserm Erfüllungsort zu nutze gemacht haben, ehe wir gar an die Erörterung dieser Stelle herangingen. Wenn nämlich der Gläubiger sich beim Schuldner oder an einem dritten Orte rechtzeitig eingestellt hat, so braucht er nicht wieder zu kommen. Der Schuldner muß vielmehr dann die Leistung beim Gläubiger beschaffen. **Ex necessitate**, und ohne daß der Gläubiger nöthig hat, sein Interesse darzulegen. Denn die Obligation muß erfüllt werden, und der Gläubiger brauchte den Weg nach Inhalt der Obligation nur einmal zurückzulegen.

Abgesehen von diesem Satze kamen wir für das heutige Recht zu dem Ergebnis: der Schuldner, welcher eine Mahnung unbeachtet läßt, muß dann an einem andern Orte, als dem von Haus aus gegebenen, erfüllen, wenn dies durch das Interesse des Gläubigers geboten erscheint.

Dem wäre noch hinzuzufügen: daß Ereignisse, welche an sich den Erfüllungsort verändert hätten, in Folge der Mahnung diese Eigenschaft verlieren können. So hat z. B. ein Depositar, wenn die deponirte Sache ohne seinen Dolus an einen andern Ort gelangt, zunächst

---

[32]) Wächter, Erörterungen, Heft 3, S. 118.

nur nöthig, dieselbe dort zu leisten, wo sie sich befindet [33]). Wäre aber diese Ortsveränderung nach der Mahnung eingetreten, so müßte der Depositar die deponirte Sache auf seine Gefahr und Kosten wieder herbeischaffen. Denn hätte der Depositar die Mahnung beachtet, so hätte der Deponent die Sache am ursprünglichen Erfüllungsort zurückerhalten, also muß sie auch jetzt hier geleistet werden [34]).

Was den Inhalt dieses und des vorigen Paragraphen bildete, ist bei Mommsen [35]) bunt durcheinander geworfen. Zudem will Mommsen alles vom Interessebegriff aus erklären, der hier häufig nicht ausreicht.

§ 75.

Eine Obligationsverlängerung in anderer Weise.

In den §§ 63—66 beschäftigten wir uns mit einer Obligationsverlängerung in dem Sinne: daß der gemahnte Schuldner für Zufall verantwortlich werde. Die Römer haben aber an die Nichtbeachtung der Mahnung auch noch eine Obligationsverlängerung in der Weise geknüpft: daß sie eine an sich activunvererbliche Obligation durch Mahnung zu einer activvererblichen machten. Freilich finden wir diese Wirkung nur bei einer einzigen Obligation, und da diese von Justinian in die Reihe der von Haus aus activvererblichen Obligationen gestellt wurde, so handelt es sich hier um eine Wirkung, die bereits nach Justinian'schem Recht weggefallen war.

Die Obligation, auf welche das Gesagte Bezug hat, ist der Anspruch der Frau auf Rückgabe der Mitgift. Ein hohes Alter dürfte diese Wirkung der Mahnung kaum haben. Dies wird sich herausstellen, wenn wir uns die Entstehung und den Entwicklungsgang der actio rei uxoriae vergegenwärtigen.

Vor dem Jahre 523 der Stadt, also 231 vor Christi Geburt, war es überall nicht vorgekommen: daß jemand sich ein vertragsmäßiges Recht auf Rückgabe einer Mitgift hatte einräumen lassen [1]). Erst damals kamen hierauf bezügliche Stipulationen auf, und die

[33]) fr. 12 § 1 Depositi 16, 3. Vgl. dazu oben Bd. I, § 37, S. 388, 389.
[34]) Vgl. Mommsen a. a. O., S. 219 u. 222.
[35]) a. a. O., S. 213—226.
[1]) Gellius N. A. IV, 3.

Entwicklung der actio rei uxoriae haben wir uns dann nach Bechmann[2]) so zu denken:

„Was nun zunächst die formelle Einführung des Anspruches betrifft, so ist dieselbe weder durch Gesetz noch durch prätorisches Edict erfolgt, sondern wesentlich durch Vermittlung der Rechtsgelehrten. Es wurde nämlich anfänglich bei Bestellung der Dos unter den Ehegatten eine Stipulation des Inhaltes abgeschlossen: ut si inter virum et uxorem divortium contigisset, quod aequius melius esset apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori" [3]).

— — — — — — — — — — — —

„Die weitere Entwicklung werden wir uns dann wohl so denken müssen, daß zunächst die Caution in jedem Falle einfach als geschlossen fingirt wurde, auch wo sie in der That nicht eingegangen war, bis man sich dann in einer noch spätern Periode, die aber immer noch vor der klassischen Jurisprudenz liegt, von diesem formellen Behelfe vollständig befreite und geradezu eine selbstständige Klage, die actio rei uxoriae anerkannte.

In Bezug auf die materielle Seite des Anspruches steht soviel wohl vollkommen fest, daß derselbe keineswegs von Anfang an objectiv bestimmt war, wie nach klassischem Rechte, daß es vielmehr im einzelnen Falle vom Ermessen des Richters abgehangen habe, ob er einen solchen nach Beschaffenheit des concreten Falles anerkennen wollte oder nicht." — — — — — — —

„Der Richter, heißt das, hat nicht wie in anderen Fällen bestimmte Rechtssätze anzuwenden, sondern er hat wie ein magistratus ein sittenrichterliches Amt, das er nur nicht, wie der Censor durch Ertheilung einer nota, sondern durch Zuerkennung oder Abweisung vermögensrechtlicher Ansprüche ausübt. So konnte der Richter die Frau um ihre dos bestrafen (mulctare); die Strafe bestand eben in der Nichtanerkennung des Anspruches im Gegensatze zu der in anderen Fällen erfolgenden Anerkennung desselben." —

— — — — — — — — — — — —

---

[2]) Das Römische Dotalrecht, Bd. I, S. 72 fgg.

[3]) Boethii commentarii in Ciceronis topica ad Cap. XVII, § 66, in der Ausgabe der Scholiasten des Cicero von Orelli und Baiter, Bd. I, S. 378.

„Welche Entwicklungsphasen durchgemacht werden mußten, bis eine vollständige Festsetzung der Voraussetzungen der Klage gewonnen war, das läßt sich nicht mehr im Einzelnen nachweisen, ja kaum vermuthen, und wir müssen uns damit begnügen, einerseits den muthmaßlichen Ausgangspunkt der ganzen Entwicklung aufgedeckt zu haben, andererseits das Resultat derselben zu betrachten. Dieses Resultat war aber das, daß die actio rei uxoriae in jedem Falle der Ehescheidung mit Erfolg zugelassen wurde, wenn auch das Maaß dessen, was die Frau mittelst derselben erreichte, nach Verschiedenheit der Fälle immer noch ein verschiedenes war.“ — — — — — — — — — —

Und hier meint nun Bechmann, daß zur Erzeugung dieses Resultates andere Factoren, als bloße Billigkeit, mitgewirkt hätten.

„Ein solcher weiterer Factor war nun allerdings auch vorhanden: die Rücksicht auf die Wiederverehelichung der Frau. In den älteren Zeiten wäre diese Rücksicht allerdings in den Hintergrund getreten: die späteren Zeiten der Republik und vollends die folgende Periode konnten sich derselben in keiner Weise entziehen. Die Sittenlosigkeit war ohnedem schon arg genug, unmöglich konnte man sie durch die erzwungene Ehelosigkeit einer geschiedenen Frau noch befördern wollen. Im Gegentheil machte sich die Tendenz, die Eheschließung und die Erzeugung ehelicher Kinder von Staats wegen zu begünstigen, mehr und mehr geltend, und auf ihr beruht es denn wohl auch, daß der geschiedenen Frau unbedingt und ohne alle Rücksicht auf Grund und Veranlassung der Scheidung die Klage gewährt wurde. Mag sie an der Scheidung Schuld tragen oder nicht, sie muß wieder heirathen können, sowohl in ihrem eignen Interesse, als in dem des Staates, ut civitas liberis repleatur“ [4]).

Mag auch diese Bechmann'sche Auffassung in Einzelheiten Angriffspunkte darbieten: z. B. in der Beziehung, daß sich die actio rei uxoriae auf Grund einer Fiction aus der Stipulationsklage entwickelt habe [5]) — im ganzen und großen, und jedenfalls sofern uns

---

[4]) fr. 1 S. M. 24, 3; fr. 2 J. D. 23, 3.

[5]) Vgl. Czyhlarz, das Römische Dotalrecht, S. 40.

dieselbe hier interessirt, wird sich gegen diese Auffassung wenig vorbringen lassen [6]).

Ehe ich nun versuche, auf Grund dieser Bechmann'schen Auffassung das Alter des in Frage stehenden Rechtssatzes festzustellen, will ich hier an Zweierlei erinnern, was bereits früher über die Dotalklage bemerkt wurde.

Band I § 20 S. 192 sagte ich:

„Bereits zur Zeit der klassischen Römischen Juristen empfand man es aber schon als eine Härte, daß den Erben der geschiedenen Frau unter Umständen keine actio rei uxoriae gegen den Mann zustehen solle."

„Sie nahmen es daher hier mit der processualischen Vertretung so genau nicht, und legten der Klage eines jeden beliebigen negotiorum gestor die Wirkung bei, daß dadurch die actio rei uxoriae perpetuirt werde."

Ferner wurde Band I § 33 S. 348 fgg. näher auseinander gesetzt: wie man es ermöglichte, selbst in solchen Fällen den Uebergang der actio rei uxoriae auf die Erben herbeizuführen, wo der Dotalanspruch bei Aufhebung der Ehe noch gar nicht fällig war.

Beides steht in innigem Zusammenhange mit der Frage, welche hier zu erörtern ist.

Regel war bei den Klagen, welche an sich activunvererblich waren: daß sie erst mit der Litiscontestation unvererblich wurden [7]). Nun finden wir aber bei den Römischen Rechtsgelehrten das Bestreben, für den Dotalanspruch der Frau in dieser Beziehung günstigere Bedingungen zu erlangen. Nicht bloß, daß sie es hier mit den Grundsätzen der processualischen Stellvertretung sehr lax nahmen; nicht bloß, daß sie den Uebergang dieses Anspruches auf die Erben schon vor seiner Fälligkeit herbeizuführen wußten: sie stellten auch den allgemeinen Satz auf, daß der Uebergang der Klage auf die Erben schon Statt finde, wenn nur der Ehemann gemahnt worden; also schon ein früherer Zeitpunkt, als der der Litiscontestation war hier das Entscheidende.

---

[6]) Vgl. auch v. Scheurl in der Kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. VI, S. 20.

[7]) fr. 26 O. et A. 44, 7; § 1 J. de perp. et temp. act. 4, 12; fr. 13 pr. fr. 28 de inj. 47, 10; fr. 10 § 2 Si quis caut. 2, 11; fr. 29 Nov. 46, 2; fr. 87, 139 pr. R. J. 50, 17.

In welcher Zeit mag ein derartiges Streben sich geltend gemacht haben? Wir greifen wohl schwerlich fehl, wenn wir dasselbe in die Kaiserzeit verlegen. Denn erst mußten doch die Voraussetzungen des in Frage stehenden Anspruches sich vollständig festgesetzt haben, erst mußte doch das Maaß dessen, was die Frau erhielt, feststehen; m. a. W. erst mußte doch der fragliche Anspruch denen, die an sich activvererblich waren, ähnlich geworden sein, bevor man an der activen Unvererblichkeit desselben Anstoß nehmen konnte. Die Anschauungen, welche bewirkten, daß der in Frage stehende Anspruch ein mehr regelmäßig obligatorisches Ansehen bekam, traten aber erst vornämlich in der Kaiserzeit hervor.

Und während man sich in dieser Hinsicht zunächst darauf beschränkte, die genannten Vergünstigungen zu erreichen, brachte Justinian diese Bewegung zum Abschluß, indem er den Dotalanspruch einfach in die Reihe der von Haus aus activvererblichen Obligationen stellte.

Der Satz also, welcher uns hier näher beschäftigen soll, ist der, daß der Dotalanspruch vor Justinian nicht erst durch Litiscontestation, sondern schon durch Mahnung activvererblich wurde. Und dieser Satz erklärt vielleicht gleichzeitig, wie es kam: daß die Obligationsverlängerung in einem andern Sinne im Laufe der Zeit auch bei den Obligationen Zutritt gewann, zu denen sie ihrer ganzen Anlage nach kaum paßte [8]). Unter diesen finden wir nämlich auch unsern Dotalanspruch wieder [9]), der diese Entwicklung eingeleitet haben könnte. Denn nachdem sich hier der Satz festgesetzt hatte: daß die Mahnung insofern perpetuire, als sie den Anspruch activvererblich mache — lag jetzt nicht der Gedanke nahe: auf diesen Anspruch die Perpetuation auch in dem Sinne zu übertragen, daß der gemahnte Schuldner unbedingt für Zufall hafte? Und diese Vermuthung scheint um so mehr für sich zu haben, als für beide Rechtssätze vorzugsweise Paulus als Gewährsmann angeführt wird; und dieser auch in anderer Weise thätig war, dem Begriffe der Obligationsverlängerung auf dem Gebiete der gutgläubigen Obligation Eingang zu verschaffen [10]).

---

[8]) Siehe oben § 64, § 65, S. 41 fgg.

[9]) fr. 25 § 2, fr. 26 S. M. 24, 3 und dazu oben § 63 Text bei Note 50, S. 18.

[10]) Coll. X, 7, 10. Die Entscheidung des betreffenden Falles selber finden wir auch bei Ulpian, fr. 1 § 25 Dep. 16, 3. Vom Interesse-Standpunkt aus wäre man zu derselben nicht gelangt.

Doch kehren wir zu unserm Satze selber zurück.

Die Stellen, welche sich auf denselben beziehen, sind, abgesehen von einer einzigen, die im folgenden Paragraphen ausführlicher erörtert werden soll, die nachstehenden.

Ulpianus VI, 7.

Post divortium defuncta muliere heredi ejus actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit.

Vat. fr. § 95.

Paulus respondit solam testationem dotis repetendae non sufficere ad moram doti factam, ut actio ejus ad heredem transmittatur.

§ 97. Paulus respondit id quod dotis nomine marito datum est, si post mortem mariti nulla mora intercessit, apud heredem mariti remanere oportere.

§ 112. Paulus respondit mulieris nomine postulatum vid(er)i — — sse actionem rei uxoriae perpetuari.

Schol. ad § 112 extr. H. posse per quemcumque actionem rei uxoriae perpetuari.

c. un. § 4 C. de rei ux. 5, 13.

Maneat ex stipulatu actionis jus ad successores et sine mora transmissionis incorruptum.

Darnach ging also zur Zeit der klassischen Juristen die Dotalklage bei Scheidung und Tod des Mannes nur dann auf die Erben der Frau über, wenn diese bei ihren Lebzeiten, sei es nun den Ehemann, bezw. dessen Erben gemahnt hatte. Eine bloße testatio sollte nicht ausreichen, wohl aber Mahnung durch postulare möglich sein.

Im § 97 der Vatican'schen Fragmente hat Th. Mommsen eine Umstellung mit dem si vorgenommen, und dasselbe vor nulla mora gesetzt. Dann erhielte die Stelle einen ganz andern Sinn, dann sagte sie: daß der Dotalanspruch auch passiv an sich unvererblich und erst, wenn der Ehemann bei Lebzeiten gemahnt worden, gegen dessen Erben begründet würde.

Bruns[11]) hat sich diesem Vorschlage zustimmend erklärt. Es heißt bei ihm a. a. O.:

---

[11]) Ueber Mommsen's neue Ausgabe der Fragmenta Vaticana in Bekker und Muther's Jahrbuch, Bd. 5, S. 83.

„Auch dieser Satz wäre neu und sonst nicht überliefert, scheint aber doch den allgemeinen Principien der Restitution der dos im älteren Rechte mehr zu entsprechen."

Bechmann[12]) hält die Mommsen'sche Textänderung für sehr bedenklich, obwohl sie zu seiner „Theorie von der Dotalklage vortrefflich passen" würde.

Meines Erachtens spricht gegen Mommsen namentlich c. un. § 4 C. de rei ux. Denn Justinian spricht hier nur von einer transmissio ad heredes, nicht auch von einer transmissio in heredes[13]), die er von der actio ex stipulatu auf seine neue Dotalklage mit hinüber genommen habe. Anlangend den passiven Uebergang auf die Erben werden also zwischen der actio rei uxoriae und der actio ex stipulatu vor Justinian vermuthlich keine Verschiedenheiten mehr bestanden haben; und es wäre wahrlich nicht einzusehen, weshalb ein solcher Zustand nicht bereits zu Zeiten der klassischen Juristen vorhanden gewesen sein könnte.

Es ist allerdings möglich, daß es einmal eine Zeit gab, wo die actio rei uxoriae an sich auch passiv unvererblich war; doch ist uns hierüber nichts überliefert worden.

Was dann das postulare in Vat. fr. § 112 anbetrifft, so wird dieser Begriff von Ulpian in folgender Weise bestimmt:

fr. 1 § 2 de postulando 3, 1. Ulp.

> Postulare autem est desiderium suum vel amici sui in jure apud eum, qui jurisdictioni praeest, exponere.

fr. 4 § 8 de damno inf. 39, 2. Ulp.

> postulare autem proprie hoc dicimus pro tribunali petere, non alibi.

Nun kann man sich aber das postulare in zweifacher Weise denken: entweder in Gegenwart oder in Abwesenheit des Zubeklagenden. Daß das postulare in Gegenwart des Schuldners ausgereicht haben muß, ist klar; denn hier verband sich mit dem postulare eine Klagmittheilung, die von den Römern schon ebenso gut, wie heutzutage, als Mahnung benutzt wurde.

Wie war es aber bei Abwesenheit des Zubeklagenden? Da Paulus ganz allgemein redet, werden wir annehmen müssen, daß auch

[12]) Dotalrecht, Bd. II, S. 298, 299.

[13]) Wegen des Sprachgebrauches vgl. fr. 26 und fr. 58 O. et A. 44, 7.

ein solches postulare genügend war. Und dies stimmt mit anderweitigen Ermittelungen, die wir bereits gemacht haben, überein.

Vor allen Dingen greift hier fr. 23 § 1 Us. 22, 1, ein, von dem wir schon wissen, daß es sich ursprünglich auf die Dotalklage bezog [14]).

Ferner haben wir uns in dieser Stelle einen Prätor zu denken, der in Gemäßheit von fr. 73 pr. de judiciis 5, 1, einem abwesenden Beklagten gegenüber ein Erkenntnis fällen soll. Und zwar ist die Sachlage näher die: der Kläger wollte die Klagmittheilung gleichzeitig als Mahnung benutzen; zu dieser Klagmittheilung war es aber wegen der Abwesenheit des Schuldners nicht gekommen; dies soll dem Kläger indes nicht zum Nachtheil gereichen; der Klagmittheilungsversuch soll in dieser Beziehung die nämlichen Wirkungen, wie die wirkliche Klagmittheilung, haben [15]).

Der Klagmittheilungsversuch, wie ihn Ulpian in fr. 23 § 1 Us. im Sinne hat, war indes erst möglich post absentiam adversarii [16]). Es war ein gerichtlicher Klagmittheilungsversuch, dem bereits ein außergerichtlicher voraufgegangen sein mußte [17]). Und da dieser letztere die Voraussetzung des ersteren war, ist anzunehmen: daß jeder verständige Gläubiger, dem es mit dem Klagen Ernst war, sich über solchen außergerichtlichen Klagmittheilungsversuch eine Beweisurkunde verschafft haben wird. Denn wenn er ohne Beweisurkunde vor den Prätor getreten wäre und einfach erklärt hätte: ich wollte außergerichtlich die Klagmittheilung vornehmen, habe aber meinen Schuldner nicht getroffen — konnte er vom Prätor wohl billigerweise erwarten: daß er seinen Worten bloß auf sein ehrliches Gesicht hin Glauben schenkte? Der Prätor wird eine Beweisurkunde verlangt haben: eine Beweisurkunde solcher Art, wie sie z. B. in fr. 22 pr. ex quib. caus. 4, 6, vorkommt, und die dort testatio genannt wird [18]). Und auf eine testatio solcher Art beziehe ich Vat. fr. § 95.

So erhalten wir denn den Satz: ein gerichtlicher, nicht aber ein außergerichtlicher Klagmittheilungsversuch genügte, um den Uebergang der Dotalklage auf die Erben der Frau herbeizuführen.

---

14) Vgl. Bd. I, § 20, S. 194.

15) Bd. I, § 61, S. 582—585.

16) fr. 68 de jud. 5, 1.

17) Siehe Bd. I, S. 571.

18) Vgl. Bd. I, § 59, S. 574.

Hiervon weicht Bechmann[19]) insofern ab, als derselbe ganz allgemein jede Erklärung, die nicht dem Verpflichteten gegenüber stattgefunden hat, für wirkungslos erklärt.

Die hier in Frage stehende Wirkung der Mahnung habe ich dem perpetuari der Quellen entsprechend ebenfalls Obligationsverlängerung genannt. Die Mahnung setzt nämlich hier, wie auch sonst, eine bestehende Obligation voraus; und ihre Wirkung besteht dann darin, daß sie diese Obligation, die sonst mit dem Tode der Frau erloschen wäre, auf deren Erben überträgt.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung hat Bechmann[20]) die Behauptung aufgestellt:

„daß nach klassischem Rechte die Dotalobligation nicht schon durch die Ehescheidung erzeugt, sondern daß durch dieses Ereignis der Frau nur die gegenwärtige Möglichkeit gewährt wurde, die Dos zurückzuverlangen, und daß erst durch die Erklärung ihres desfallsigen Willens ein wirkliches Schuldverhältnis in's Leben trat."

Hiergegen ist zu vergleichen v. Scheuerl[21]) und Czyhlarz[22]). Letztgenannter Schriftsteller ist übrigens in ein anderes Extrem gefallen, wenn er S. 300 meint:

„Die actio rei uxoriae der Frau erlischt als familienrechtlicher Anspruch ausnahmslos mit dem Tode der Frau; das Klagerecht der Erben ist ein neues, das seine besonderen Voraussetzungen hat. Daß nun dessenungeachtet in den Quellen von einem transmittere actionem ad heredem, von einem perpetuari actionem rei uxoriae gesprochen wird, kann die Richtigkeit unserer Ansicht nicht alteriren, indem sich dies einfach daraus erklärt, daß der Anspruch der Erben dem Inhalte nach mit dem der Frau übereinstimmt."

Allein eine Mahnung kann überhaupt nicht einen obligatorischen Anspruch, auf dessen Erfüllung sie gerichtet, erst in's Leben rufen. Denn das Mindeste, was eine Mahnung voraussetzt, ist eine Offerte[23]). Vollends aber ist es unzulässig, daß eine Mahnung des x an a eine Obligation zwischen x und b zu Wege brächte. Zudem sind die gebrauchten Quellenausdrücke der Czyhlarz'schen Ansicht nicht bloß nicht günstig, sondern widerlegen sie auf's vollständigste.

---

[19]) Dotalrecht, Bd. II, S. 297.

[20]) Dotalrecht, Bd. II, S. 295, 296.

[21]) Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 6, S. 21 fgg., Bd. 11, S. 323 fgg.

[22]) Dotalrecht, S. 300, 301.

[23]) Siehe Bd. I, S. 438.

Da übrigens diese Wirkung der Mahnung bereits im Justinianischen Recht nicht mehr vorhanden ist, kann heutzutage von derselben um so weniger die Rede sein [24]). Ich würde über diesen Punkt keine Worte weiter verlieren, wenn nicht neuerdings Windscheid in dieser Beziehung eine abweichende Ansicht aufgestellt hätte. Derselbe sagt [25]):

„Nach dem Verzuge hat der Tod des Berechtigten oder des Verpflichteten keinen Einfluß auf den Bestand des Forderungsrechtes. Dawider die herrschende Meinung. — — — — Aber es folgt aus dem Princip, und ist ausdrücklich anerkannt für die Dotalforderung, Ulp. VI, 7; fr. Vat. § 95, 97, 112. Daß die Dotalforderung nach Justinian'schem Recht nicht mehr unvererblich ist, kann doch der Beweiskraft dieses Argumentes keinen Eintrag thun. — — — — — — — — — — —

Dagegen wird der Ablauf der Anspruchsverjährung durch den Verzug nicht unwirksam gemacht, während, wenn das Forderungsrecht durch Privatbestimmung auf eine gewisse Zeit beschränkt ist, der Verzug allerdings verhindert, daß der Schuldner durch Ablauf dieser Zeit befreit werde. Das letztere folgt aus dem Princip, freilich nicht aus L. 59 § 5 D. Mand. 17, 1, auf welche Stelle es Manche stützen. — — — Daß die Anspruchsverjährung durch den Verzug nicht ausgeschlossen werde, darf mit Sicherheit aus dem Schweigen der Quellen geschlossen werden. — — — Auch liegt bei der Anspruchsverjährung die Sache insofern anders, als bei derselben dasjenige, was den Schuldner befreit, nicht sowohl der Ablauf der Zeit als solcher ist, sondern die Unthätigkeit des Gläubigers während einer gewissen Zeit, so daß die Frage eine offene bleibt, was als gehörige Thätigkeit angesehen werden dürfe."

Was zunächst das Princip anbetrifft, welches Windscheid im Sinne hat, so ist es, wie sich aus dem Anfang des § 280 ergibt, das Interesseprincip. Und was Windscheid Anspruchsverjährung, nennt man gewöhnlich Klagenverjährung.

Das Interesseprincip soll dem Gläubiger hier das gewähren, was derselbe gehabt hätte, wenn der Schuldner die Mahnung beachtet hätte. Denken wir uns also: der Gläubiger hätte am 23. December 1870

---

[24]) Mommsen, S. 264—269.

[25]) Pandekten, Bd. II, § 280 a. E.

gemahnt, und die Klage wäre am 23. December 1871 verjährt. Hier möchte man vielleicht meinen: durch die Mahnung sei die Klagenverjährung unterbrochen worden; denn hätte der Schuldner die Mahnung beachtet, so hätte der Gläubiger die schuldige Leistung gehabt.

Mit nichten! bemerkt Windscheid mit Recht: denn es stand ja in der Macht des Gläubigers, durch eigne Thätigkeit, durch Anstellung der Klage, die Klagenverjährung abzuwenden.

Es handle sich um einen Anspruch, der nicht auf die Erben übergeht. Der Gläubiger mahnte am 23. December 1870 und starb am 23. December 1871. Hier möchte man vielleicht meinen: durch die Mahnung sei der Anspruch auf die Erben des Gläubigers übergegangen; denn hätte der Schuldner die Mahnung beachtet, so hätten die Erben gehabt. Mit nichten! behaupte ich: denn es stand ja in der Macht des Gläubigers, durch eigne Thätigkeit, durch Anstellung der Klage, den Verlust des Anspruches für die Erben abzuwenden.

Man begreift hier wahrlich nicht die feine Unterscheidung Windscheid's. Denn Verlust einer Klage durch den Tod des Schuldners oder Gläubigers ist doch ebenso gut, oder vielmehr ebensowenig [26]), ein Verlust der Klage durch Zeitablauf, wie Verlust einer Klage durch Klagenverjährung im engern Sinne. In beiden Fällen ist es ferner nicht bloß die Unthätigkeit des Schuldners, sondern gleichzeitig die Unthätigkeit des Gläubigers, welche den Schaden herbeiführt. Auch ist hier von den Römischen Rechtsgelehrten weder in der einen, noch in der andern Beziehung jemals auf den Interesse-Gesichtspunkt zurückgegangen worden.

Es ist allerdings richtig: wenn der Schuldner die Mahnung beachtet hätte, wäre der Anspruch nicht verloren gegangen. Aber ebenso richtig ist auch: wenn der Gläubiger rechtzeitig geklagt hätte, wäre der Anspruch nicht verloren gegangen. Genau genommen knüpft also das Recht den fraglichen Nachtheil nicht an das Verhalten des Schuldners, sondern an die Unthätigkeit des Gläubigers. Jedenfalls ist die Unthätigkeit des Gläubigers eine neue selbständige Causalität, welche den ursachlichen Zusammenhang mit der ersten Ursache, der Nichtbeachtung der Mahnung, unterbrechen würde. Derartige Unterbrechungen treten sogar schon dann ein, wenn der Gläubiger Sittlichkeitsgesetzen gegenüber sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen sollte [27]). Um wie viel mehr also nicht da, wo es sich um positive Rechtsbestimmungen handelt.

---

[26]) Vgl. Bd. 1 S. 91 Z. 22—25 v. o.

[27]) Vgl. unten § 90 Nr. 5.

Vom Interesse-Gesichtspunkte aus läßt sich also die fragliche Wirkung nicht halten. Außerdem wäre gegen Windscheid noch dies zu bemerken.

Selbst nach klassischem Recht galt der Satz: daß die Mahnung eine an sich unvererbliche Obligation vererblich mache — doch nur für den Dotalanspruch. Und jetzt, nachdem Justinian diese Anomalie in concreto beseitigt, sollte sie in abstracto als allgemeiner Satz übrig geblieben sein: das wäre doch wunderbar!

Was die Stellen aus Ulpian und den Vatican'schen Fragmenten anbetrifft, auf welche Windscheid sich beruft; so ist darauf einfach zu erwidern: daß sie nicht bloß keine Aufnahme im Corpus juris gefunden haben, sondern auch ausdrücklich durch c. un. § 4 de rei ux. act. 5, 13, beseitigt sind.

Auch das, was Windscheid von dem Falle sagt, wenn das Forderungsrecht durch Privatbestimmung auf eine gewisse Zeit beschränkt worden, gehört nicht hierher. Denn ob in solchen Fällen das Forderungsrecht dem Gläubiger durch einfache Mahnung erhalten wird: ist eine Frage der Auslegung. Und sofern diese Frage zu bejahen, haben wir es nicht mit gesetzlichen, sondern vertragsmäßigen, also Wirkungen zu thun, die außer unserm Bereiche liegen.

§ 76.

Obligation auf Rückerstattung eines Dotalnießbrauches.

Der Satz, daß der Dotalanspruch an sich activ-unvererblich sei, und erst durch Mahnung der Frau auf deren Erben übergehe, wird nach klassischem Recht bei der Obligation auf Rückerstattung eines Dotalnießbrauches, so weit es hier anging, gleichfalls zur Anwendung gekommen sein.

Hatte freilich die Frau einen Nießbrauch zur Mitgift gegeben, der ihr z. B. an einem Grundstücke des Mannes zustand; so konnte die Mahnung die gedachte Wirkung nicht haben, da dieser Anspruch nicht bloß als Dotalanspruch, sondern auch deshalb activunvererblich war, weil das Nießbrauchsrecht der Frau, so wie so, mit deren Tode erloschen wäre.

Wenn dagegen dem Ehemann in seiner Person ein Nießbrauch als Mitgift bestellt war, mochte nun bei Aufhebung der Ehe die Proprietät der Frau oder einem Dritten zustehen, in beiden Fällen konnte

die Mahnung von Bedeutung werden. Denn während nach klassischem Recht, falls die Frau, ohne gemahnt zu haben, starb, der Nießbrauch dem Ehemanne für seine Lebenszeit verbleiben mußte: wird eine Mahnung von Seiten der Frau vermuthlich die Wirkung gehabt haben, daß die Erben, denen die Proprietät zugefallen war, vom Ehemanne Aufgabe seines Nießbrauchsrechtes verlangen konnten; während sie im andern Falle beanspruchen durften, daß ihnen die Ausübung des Nießbrauchs eingeräumt werde.

Hierin wird nun, so möchte man weiter meinen, nach Justinianschem Rechte insofern eine Aenderung eingetreten sein, als die erwähnten Ansprüche auch ohne Mahnung den Erben der Frau werden zugestanden haben.

Allein ganz so einfach ist die Sache in der einzigen Stelle, die hier in Betracht kommt, und die uns jetzt näher beschäftigen soll, denn doch nicht dargestellt.

fr. 57 S. M. 24, 3. Marcellus libro septimo digestorum.

Usufructu in dotem dato si divortium intervenerit nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque ejus. quod an verum sit circa adjectionem heredis, dubito. interest, quemadmodum sit usus fructus in dotem datus. si cum haberet mulier fructum, viro cujus erat proprietas fundi, usum fructum cessit, nihil mulier heredi suo relinquet: debebatur enim ei usus fructus, qui ad heredem non solet transire. quod si fundi sui fructum mulier viro cessit, restitui is a viro debet: cum proprietate enim ad heredem

Ein Nießbrauch ist zur Mitgift gegeben, die Proprietät gehört weder dem Ehemann noch der Frau. In diesem Falle muß, wenn Ehescheidung eingetreten ist, die Zurückgabe der Mitgift so vor sich gehen, daß der Ehemann verspricht: so lange er lebe, wolle er die Ausübung des Nießbrauches der Frau und deren Erben gestatten.

Ich trage Bedenken, ob das Gesagte hinsichtlich des Erben richtig ist.

Es ist ein Unterschied, in welcher Weise der Nießbrauch zur Mitgift gegeben worden.

1) Während die Frau den Nießbrauch und der Mann die Proprietät hatte, gab die Frau den Nießbrauch zur Mitgift. Hier wird die Frau ihrem Erben nichts

ejus transisset, si vir in reddendo eo non fecisset moram. si vero alienata sit proprietas aut aliquis fundi sui usum fructum mulieris jussu viro ejus dederit in dotem, inspiciendum est primum, quemadmodum mulieri possit restitui: potest autem vel cautionibus interpositis, ut sic ut potest vir jure suo cedat mulieri fruique eam patiatur, vel, si se accommodavit dominus proprietatis, volente eo mulieri constituatur usus fructus: nam aut fructum fundi ille mulieri poterit cedere aut aliquid videlicet pro eo, ut inter eos actum fuerit, dare. nam et finge hoc ipsum mulierem posse proprietatis domino vendere. quo casu non inique etiam mulieris herede agente vir facere cogetur: quippe si moram non fecisset, pretium fructus mulier heredi suo reliquisset. quod si facultatem usus fructus vendendi proprietatis domino mulier non habuerit, patientiam, quam percipiendi fructus praestare ipsi debuit, etiam heredi ejus praestat.

hinterlassen. Es wurde ihr nämlich der Nießbrauch geschuldet, der bekanntlich auf die Erben nicht übergeht.

2) Wenn nun die Frau an ihrem eignen Grundstücke dem Manne einen Nießbrauch bestellt hat, muß er vom Manne zurückgegeben werden. Denn er wäre mit der Proprietät auf ihren Erben übergegangen, wenn der Mann die auf Rückerstattung gerichtete Mahnung nicht unbeachtet gelassen hätte.

3) Wenn aber die Proprietät veräußert worden, oder ein Dritter auf Geheiß der Frau einen Nießbrauch an seinem Grundstücke dem Manne zur Mitgift gegeben hätte, muß zunächst untersucht werden, wie die Rückerstattung an die Frau geschehen könne. Es kann dies aber geschehen entweder durch Versprechungen dergestalt, daß der Mann, soweit dies möglich, zu Gunsten der Frau sich seines Rechtes begiebt und ihr die Ausübung gestattet; oder, wenn sich der Proprietär herbeigelassen hat, (dadurch daß) mit dessen Willen der Frau ein Nießbrauch bestellt wird. Denn er wird der Frau entweder den Nießbrauch am Grundstücke einräumen, oder dafür etwas anderes, wie zwischen ihnen verabredet worden, geben können. Doch ist auch die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß die Frau ihren

Anspruch an den Proprietär verkaufe; in welchem Falle auch der Erbe der Frau den Mann nicht mit Unrecht durch Klagen zur Leistung zwingen wird. Denn hätte er die Mahnung nicht unbeachtet gelassen, so würde die Frau den Preis für den Nießbrauch ihrem Erben hinterlassen haben. Wenn nun die Frau die Möglichkeit, den Nießbrauch an den Proprietär zu verkaufen, nicht gehabt hätte; so gewährt der Ehemann die Ausübung, welche er der Frau gestatten mußte, auch deren Erben.

Schwerlich ist diese Stelle so, wie sie dasteht, aus der Feder Marcell's geflossen. Es ist das nämlich außer c. un. § 4 C. de rei ux. 5, 13, die einzige Stelle im Corpus juris, welche auf den zur Zeit der Römischen Juristen geltenden Satz hinweist, daß die Dotalklage erst durch Mahnung activvererblich wurde. Dieser Satz mußte von den Compilatoren aus den Excerpten der Römischen Juristen beseitigt werden. Im vorliegenden Fall bot sich ihnen aber eine Schwierigkeit dar. Es handelte sich um einen Nießbrauch, der an sich gleichfalls nicht auf die Erben überging. Mit der bloßen Streichung war es hier also nicht gethan. Es galt vielmehr: auf Grund eines neuen Rechtssatzes eine gegebene Entscheidung umzugestalten. Und so haben denn auch die Justinian'schen Compilatoren an dem Gedankengange Marcell's herumgemodelt, sich hierbei aber zum Theil recht ungeschickt benommen.

Gleich am Eingange unserer Stelle fällt es auf, daß Marcell mit Marcell im Streite liegt. Es ist ja möglich, daß ein Schriftsteller eine Ansicht, die er früher aufstellte, wieder zurücknimmt. Dafür hätte sich aber wohl eine angemessenere Ausdrucksweise finden lassen, als wie sie hier von den Compilatoren dem Marcell in den Mund gelegt wird.

Auch von andern ist an diesem Eingang Anstoß genommen.

So meint Th. Mommsen: die Worte „nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit" rührten gar nicht von Marcell her.

Und Majansius[1]) vermuthet: der Anfang sei von Julian, zu dessen Digesten Marcell Anmerkungen geschrieben habe[2]).

Es werden dann in der Stelle drei Fälle unterschieden, und an denselben die Frage erörtert: wie es sich mit der Rückerstattungsverbindlichkeit des Ehemannes dem Erben der Frau gegenüber verhalte.

Erster Fall. Die Frau hat einen Nießbrauch zur Mitgift gegeben, der ihr an einem Grundstücke des Ehemannes zustand.

In Bezug auf diesen Fall lautet die Entscheidung: nihil mulier heredi suo relinquet.

Die Entscheidung ist kaum genau. Allerdings der Nießbrauch selber erlosch mit dem Tode der Frau. Aber es konnte ja sein, daß sie von ihrem Manne bereits Jahre lang hingehalten war. Hier mußte den Erben doch in Bezug auf die Früchte ein Anspruch zustehen, welche die Erblasserin bei ihren Lebzeiten noch hätte ziehen können[3]).

Zweiter Fall. Die Frau hat an ihrem eignen Grundstück dem Manne als Mitgift einen Nießbrauch bestellt.

In Bezug auf diesen Fall lautet die Entscheidung: restitui is a viro debet.

Hinzurathen muß man mindestens: heredi mulieris. Th. Mommsen vermuthet: hier sei „nisi mulier eum alienavit, item si non restituit cum debuit, etiam heredi mulieris" oder Aehnliches ausgefallen. Allein ich bin vielmehr der Ansicht, daß die Justinian'schen Compilatoren hier mit dem wirklichen Marcell sorglos umgegangen sind.

In Bezug auf die Begründung der Entscheidung „cum proprietate enim ad heredem ejus transisset, si vir in reddendo eo non fecisset moram" bemerkt Bechmann a. a. O.:

„Daß dabei in L. 57 D. sol. mat. die bei Lebzeiten der Frau

---

[1]) ad triginta J. C.torum omnia fragmenta. Genevae 1764. Bd. I, S. 328, 329.

[2]) Vgl. z. B. fr. 75 de jud. 5, 1 und Zimmern, Rechtsgeschichte, Bd. I, § 91, Anm. 30.

[3]) Vgl. Bechmann, Dotalrecht, Bd. II, S. 400, Anm. 1.

eingetretene mora solvendi hervorgehoben wird, muß vom Standpunkte der Compilatoren einfach als Versehen betrachtet werden."

Auch haben die betreffenden Worte im Munde Marcell's jedenfalls einen andern Sinn gehabt, als die Compilatoren brauchen konnten. Denn vom Standpunkte Marcell's aus ist argumentatio a contrario zulässig. Vom Standpunkte Marcell's aus können wir so argumentiren: wäre der Mann nicht gemahnt, so würde die Proprietät ohne Nießbrauch auf die Erben der Frau übergegangen sein.

Andererseits sind die betreffenden Worte im Munde der Compilatoren nicht geradezu sinnlos. Denn das bleibt auch nach Justinian'schem Rechte wahr: daß im vorliegenden Fall der Nießbrauch mit der Proprietät auf die Erben der Frau übergegangen wäre, wenn der Mann die Mahnung der Frau beachtet hätte. Dagegen dürfen wir uns vom Standpunkte des Justinian'schen Gesetzbuches aus hier keine argumentatio a contrario erlauben, mit deren Anwendung wir bei diesem Gesetzbuche überhaupt sehr vorsichtig sein müssen [4]).

Dritter Fall. Die Proprietät am Grundstücke steht einem Dritten zu: sei es nun, daß die Proprietät nachher veräußert wurde, oder daß von vorne herein ein Dritter auf Geheiß der Frau an seinem Grundstücke dem Manne einen Nießbrauch einräumte.

Hier wird zunächst untersucht: wie eine Rückerstattung der Frau gegenüber möglich sei.

Zweierlei wird zuvörderst in Aussicht genommen: entweder könne der Ehemann der Frau die thatsächliche Ausübung des Nießbrauches überlassen; oder es könne der Frau mit Einwilligung des Proprietärs, statt ihres Anspruches, am Grundstücke ein neuer Nießbrauch bestellt werden.

Th. Mommsen nimmt hier wieder am Texte Anstoß und meint: vor volente sei „ut", und hinter usus fructus etwa „vel aliud pro eo detur" ausgefallen. Allein ich glaube hier wieder: daß die Compilatoren mit dem wirklichen Marcell schlecht umgegangen sind. So ist z. B. auch „ut sicut potest vir jure suo cedat mulieri", um auszudrücken, daß ein Nießbrauchsrecht nur der Ausübung nach übertragen werden kann, eine Latinität, die man Marcell nicht zutrauen darf.

Der Grund, weshalb Th. Mommsen am Texte Anstoß nahm,

---

4) Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. I, § 22, Anm. 7.

wird vornämlich der gewesen sein: daß zu den zwei im Vordersatze berücksichtigten Möglichkeiten sich im Nachsatze bereits eine dritte gesellt. Es wird nämlich als möglich angenommen: daß der Proprietär zufolge Vereinbarung berechtigt ist, statt des Nießbrauches etwas anderes zu geben.

Zu diesen drei Möglichkeiten kommt dann im nächsten Satze als vierte: daß die Frau die Möglichkeit hatte, ihren Anspruch an den Proprietär zu verkaufen.

Bei der Entscheidung selber — in wie fern der Anspruch der Frau auf deren Erben übergehe — werden indes nur zwei Möglichkeiten berücksichtigt. Entweder die Frau konnte an den Proprietär verkaufen, oder nicht: im ersteren Falle hat der Erbe Anspruch auf den möglichen Kaufpreis, wenn der Ehemann eine Mahnung der Frau unbeachtet gelassen hatte; im zweiten Falle auf Ueberlassung der Nießbrauchsübung.

Der letzte Satz von quodsi an, in welchem man statt praestat etwa praestare debet erwartet hätte, ist meines Erachtens ein Einschiebsel der Compilatoren. Und so erhalten wir denn für das Justinian'sche Recht anscheinend folgenden Rechtssatz.

Ist Gegenstand der Mitgift ein Nießbrauch an einer Sache, deren Proprietät weder dem Manne noch der Frau gehört; so kommt es für die Frage, welche Wirkungen der Mahnung beizulegen sind, vor allen Dingen darauf an: ob es der Frau möglich war, ihren Anspruch an den Proprietär zu verkaufen oder nicht. War ihr dies möglich, so erhalten ihre Erben den Kaufpreis, den die Frau erhalten konnte. War der Frau dies nicht möglich, so haben ihre Erben auch ohne Mahnung Anspruch darauf, daß ihnen die Ausübung des Nießbrauches so überlassen werde, wie die Frau ein Recht darauf hatte.

Die Anomalie dieses Rechtssatzes ist von Mommsen zum Theil schon richtig erkannt worden. Er sagt in dieser Beziehung S. 195:

„Nach L. 57 i. f. D. sol. matr. (24, 3) kann ein Ersatz für den, in Folge der Mora des Schuldners unterbliebenen Verkauf eines Usufructs selbst dann unter Umständen verlangt werden, wenn eine Unmöglichkeit der Leistung nicht eingetreten ist."

Auch wird von Mommsen ganz richtig hervorgehoben: daß unter der facultas vendendi des Schlußsatzes nicht eine bloße Möglichkeit des Verkäufers im allgemeinen zu verstehen sei, sondern viel-

mehr „ein bestimmtes Geschäft in Ansehung des Usufructs, also ein Verkauf desselben an eine bestimmte Person zu einem bestimmten Preise".

Dagegen ist es ungenau, wenn es bei Mommsen heißt:

„Macht er (der Mann) sich einer Mora schuldig, so kann jedoch die Frau unter Umständen den Preis verlangen, zu welchem sie den Usufruct hätte verkaufen können."

Denn da das Ende der Stelle sich bloß mit dem Anspruch des Erben beschäftigt, werden wir anzunehmen haben: daß die Nichtbeachtung der Mahnung in Bezug auf den Anspruch der Frau selber ihre ganz normalen Wirkungen hat. Die Frau kann also darauf bestehen, daß ihr die Ausübung des Nießbrauches überlassen werde; sie hat nicht nöthig, sich mit einem Kaufpreise abfinden zu lassen, zu dem zu verkaufen ihr möglich war. Andererseits steht es ihr auch frei, ihr Interesse geltend zu machen. Will sie ihren Interesseanspruch aber auf einen möglichen Verkauf stützen; so genügt nicht der Nachweis der bloßen Möglichkeit: man wird vielmehr den Nachweis verlangen müssen, daß das Verkaufsereignis wirklich eingetreten wäre, wenn der Ehemann die Mahnung beachtet hätte. Dabei ist es dann aber wieder gleichgültig, ob der Kaufliebhaber der Proprietär oder sonst wer war.

Anders stehen nach dem Ende der Stelle die Erben da. Diese haben bei vorhanden gewesener Verkaufsmöglichkeit an den Proprietär lediglich Anspruch auf den möglich gewesenen Verkaufspreis; einen Anspruch auf Ausübung des Nießbrauches dagegen nur unter der Voraussetzung, si facultatem usus fructus vendendi proprietatis domino mulier non habuerit.

Es läßt sich freilich nicht läugnen, daß der fragliche Rechtssatz dadurch nur um so anomaler erscheint, weil die von der Erblasserin vorgenommene Mahnung für die Erben andere Wirkungen äußern soll, als für die Erblasserin selber. Und so sieht man sich denn gerne nach einem Strohhalme um, der einem über solche Anomalie hinweghülfe.

Da erscheint denn nun als lichter Punkt die Begründung: „quippe si moram non fecisset, pretium fructus mulier heredi suo reliquisset." Denn wenn die Frau, falls der Mann die Mahnung beachtet, ihrem Erben wirklich einen Kaufpreis hinterlassen hätte: dann ist es ja nicht wahr, daß es sich um eine bloße Verkaufsmöglich=

keit handelte, vielmehr hätte dann das Verkaufsereignis wirklich eingetreten sein müssen.

Nehmen wir dies aber an, dann ist alles in bester Ordnung. Dann war der Interesseanspruch schon in der Person der Frau begründet; und sie übertrug auf ihren Erben nur, was sie schon selber hatte.

Auch Mommsen[5]) ist bereits bemüht gewesen, diese Stelle mit allgemeinen Principien in Einklang zu bringen. Da aber seine allgemeinen Principien anders lauten, als die unsrigen; so kommt er auch hier zu einem andern Ergebnis. Ueberdies ist Mommsen bei dieser Arbeit auf halbem Wege stehen geblieben.

Bereits zu Anfang dieses Paragraphen bemerkte ich: daß dieses fr. 57 S. M. schwerlich so, wie es dasteht, von Marcell geschrieben sein kann. Und jetzt, nachdem wir uns mit dem verworrenen Inhalte desselben näher beschäftigt haben, werden wir dieser Annahme nur um so mehr zuneigen. Es wäre nicht ohne Interesse, wenn sich der wirkliche Ideengang Marcell's noch ermitteln ließe; und das ist meines Erachtens auf Grund eines Basiliken-Scholions möglich, welches wir jetzt näher betrachten wollen.

Bas. XXVIII, 8, 55. Scholion.

Ἐὰν οὐσούφρουκτον ἐπιδῷ λόγῳ προικὸς ἡ γυνή, καὶ διαλυθῇ ὁ γάμος, καὶ μήτε παρὰ τῇ γυναικί, μήτε παρὰ τῷ ἀνδρὶ ἡ προπριεταρία τοῦ ἀγροῦ εὑρεθείη· οὐδὲν ἄλλο χρεωστεῖ, εἰ μὴ ἐπερωτᾶσθαι τῇ γυναικί, ὅτι, ἕως ὅτε ζῇ, ανέχεται αὐτὴν καὶ τοὺς κληρονόμους αὐτῆς καρποῦσθαι καὶ κεχρῆσθαι τῷ οὐσουφρούκτῳ. ἀλλὰ ταῦτα οὕτως εἰπὼν ὁ Μάρκελλος ἐπήγαγεν ἀμφιβάλλειν, ἆρα ὀφείλει ὁ ἀνὴρ καὶ περὶ κληρονόμων τῆς γυναικὸς ἐπερωτᾶσθαι αὐτῇ. καὶ

Wenn die Frau einen Nießbrauch als Mitgift gegeben, die Ehe aufgelöst worden, und weder bei der Frau noch dem Manne sich die Proprietät des Ackers befinden sollte; ist er nichts anders schuldig, als der Frau zu versprechen, daß er, so lange als er lebe, gestatte, daß sie und ihre Erben ernteten und sich des Nießbrauches bedienten. Als aber dieses in dieser Weise Marcellus gesagt hatte, fügte er hinzu, er bezweifle, ob der Mann der Frau auch wegen ihrer Erben versprechen müsse. Er behauptet, es sei ein

---

[5]) a. a. O. S. 196.

φησι διαφέρειν, κατὰ ποῖον τρόπον ἐπεδόθη ὁ οὐσούφρουκτος ἐν προικί. εἰ μὲν γὰρ μόνον ἔχουσα τὸν οὐσούφρουκτον ἡ γυνὴ τῷ ἀνδρὶ προπριεταρίῳ ὄντι ἐπιδέδωκεν αὐτόν, οὐ δύναται ἡ γυνὴ τοῖς κληρονόμοις αὐτῆς [6]) καταλιπεῖντι δίκαιον ἐπὶ τούτῳ τῷ οὐσουφρούκτῳ. οὐσούφρουκτος γὰρ μόνον ἐκεχρεώστητο, ὃν οὐκ ἠδύνατο παραπέμψαι τοῖς ἰδίοις κληρονόμοις. εἰ δὲ δέσποινα οὖσα τοῦ ἀγροῦ τὸν οὐσούφρουκτον αὐτοῦ δέδωκε τῷ ἀνδρί, τότε ἀποκαθίστασθαι αὐτῇ δεῖ παρὰ τοῦ ἀνδρὸς τὸν οὐσούφρουκτον. εἰ γὰρ ἔλαβεν αὐτὸν ἡ γυνή, παρέπεμπεν αὐτὸν μετὰ τῆς προπριεταρίας τοῖς ἰδίοις κληρονόμοις. εἰ δὲ ἐπώλησε τὴν προπριεταρίαν ἡ γυνὴ μετὰ τὸ ἐπιδοθῆναι τὸν οὐσούφρουκτον, ἢ καὶ ἄλλος τις κατὰ κέλευσιν τῆς γυναικὸς τὸν οὐσούφρουκτον τοῦ ἰδίου κτήματος ἐπιδέδωκεν εἰς προῖκα τῷ ἀνδρί, σκοπήσωμεν πρότερον, κατὰ ποῖον τρόπον δύναται ἀποδοθῆναι οὗτος ὁ οὐσούφρουκτος. καὶ δυνάμεθα λέγειν, ὅτι διὰ καυτίονος. ὀφείλει γὰρ ὁ ἀνὴρ ἀφίστασθαι τῆς οὐσουφρουκτουαρίας, καὶ παραχωρεῖν τῇ γυναικὶ τὸ

Unterschied, auf welche Weise der Nießbrauch zur Mitgift gegeben wurde. Denn wenn die Frau, die nur den Nießbrauch hatte, ihn dem Manne, der Proprietär war, gab; kann die Frau ihren Erben in Bezug auf diesen Nießbrauch kein Recht hinterlassen. Denn nur der Nießbrauch wurde geschuldet, den sie nicht auf die eignen Erben übertragen konnte. Wenn sie aber als Eigenthümerin des Ackers den Nießbrauch daran dem Manne gab, dann muß ihr vom Manne der Nießbrauch zurückgegeben werden. Denn wenn die Frau ihn erhalten, hätte sie ihn mit der Proprietät auf die eignen Erben übertragen. Wenn aber die Frau die Proprietät verkaufte, nachdem sie den Nießbrauch zur Mitgift gegeben hatte; oder auch irgend ein dritter auf Geheiß der Frau den Nießbrauch am eignen Eigenthum dem Manne zur Mitgift gab: wollen wir zunächst sehen, auf welche Weise dieser Nießbrauch zurückgegeben werden kann. Und wir können sagen: mittelst Caution. Es muß nämlich der Mann sich der Nießbrauchsausübung enthalten, und der Frau den Gebrauch und die Nutzung gestatten, sobald sie die Proprietät verkauft hat. Wenn aber der Eigenthümer des Ackers

---

6) Heimbach vermuthet αὐτῆς.

κεχρῆσθαι καὶ καρποῦσθαι, ὅτε αὐτὴ πέπρακε τὴν προπριεταρίαν. εἰ δὲ ὁ δεσπότης τοῦ ἀγροῦ ἐπιδέδωκεν ὑπὲρ τῆς γυναικὸς τὸν οὐσούφρουκτον, τότε χρὴ ἀντεχομένου τοῦ δεσπότου τῆς προπριεταρίας τῇ γυναικὶ παραχωρεῖσθαι τὸν οὐσούφρουκτον. ὁ γὰρ δεσπότης τῆς προπριεταρίας τὸν οὐσούφρουκτον παραχωρεῖν ὀφείλει τῇ γυναικί, ἢ διδόναι τί ποτε ὑπερ αὐτοῦ τῇ γυναικί, εἴπερ ὅλως περὶ τούτου συνεφωνήθη μεταξὺ αὐτῶν. ὑπόθου γάρ, καὶ τοῦτο αὐτὸ κατὰ σύμφωνον δύνασθαι τὴν γυναῖκα ποιεῖν, τὸ πωλῆσαι δηλαδὴ τὸν οὐσούφρουκτον τῷ προπριεταρίῳ. ὅπερ, εἰ ἔστι καὶ κληρονόμος τῆς γυναικὸς κινῶν, ἀπαιτεῖ τὸν ἄνδρα τὸ διαφέρον αὐτῷ[7]. *εἰ γὰρ μὴ μόραν ἐποίησε τῇ γυναικὶ ἐναγούσῃ περὶ τοῦ οὐσουφρούκτου, ἤμελλε πωλεῖν αὐτόν, καὶ τὸ τίμημα παραπέμπειν τῷ ἰδίῳ κληρονόμῳ αὐτῆς.*

für die Frau den Nießbrauch gegeben hat; dann muß, indem der Eigenthümer die Proprietät behält, der Frau der Nießbrauch gewährt werden. Denn der Proprietär muß der Frau den Nießbrauch abtreten, oder ihr irgend etwas dafür geben, wenn nämlich überhaupt hierüber zwischen ihnen etwas verabredet worden. Man setze nämlich, auch dieses selbst könne die Frau laut Verabredung thun, nämlich den Nießbrauch dem Proprietär verkaufen. Und genau dies fordert auch der Erbe der Frau, wenn er klagbar wird, vom Ehemann als sein Interesse. Denn wenn der Mann der wegen des Nießbrauches klagenden Frau gegenüber nicht in Verzug gewesen wäre; würde sie den Nießbrauch verkauft und den Preis ihrem Erben zugewandt haben.

Marcellus ist, diesem Scholion zufolge, an einer von ihm selber aufgestellten Behauptung irre geworden, und will die Sache einer nähern Prüfung unterwerfen, zu welchem Zwecke er weiter ausholt, als an sich erforderlich gewesen wäre.

Bei der Entscheidung des ersten Falles ist die genauere Ausdrucksweise des Scholion zu beachten. Denn während es hier in den Digesten heißt: „nihil mulier heredi suo relinquet"; sagt das Scholion sehr bestimmt: *οὐ δύναται ἡ γυνὴ τοῖς κληρονόμοις*

---

[7]) Heimbach vermuthet *αὐτῷ*.

αὐτῆς (αὐτῆς) καταλιπεῖν τι δίκαιον ἐπὶ τούτῳ τῷ οὐσουφρούκτῳ.

Bei der Entscheidung des zweiten Falles hat sich dagegen wieder der Scholiast versehen, denn das „*τότε ἀποκαθίστασθαι αὐτῇ δεῖ παρὰ τοῦ ἀνδρὸς τὸν οὐσούφρουκτον*“ gibt in seinem Verhältnis zum darauf folgenden Satz kaum einen vernünftigen Sinn. Statt *αὐτῇ* hätte man *τῷ κληρονόμῳ* erwartet; denn um den Erben handelt es sich ja. Das Versehen könnte dadurch entstanden sein: daß der ursprüngliche Marcell ei hatte, welches im Sinne Marcell's so viel als heredi bedeuten sollte, während unser Scholiast, oder die Quelle, aus der er geschöpft hat, es auf mulier bezog.

Den dritten Fall, auf den es uns hauptsächlich ankommt, bringt dann aber das Scholion weit vollständiger, als die Digesten. Und wenn der Scholiast vom wirklichen Marcell auch noch manches weggelassen haben mag; so ist doch wenigstens ein juristischer Gedanke übrig geblieben, was sich vom Digestenfragment keineswegs unbedingt behaupten läßt.

Marcell hatte die Behauptung aufgestellt: wenn ein Nießbrauch zur Mitgift gegeben, und bei Auflösung der Ehe sich die Proprietät weder bei der Frau noch dem Manne befinde, daß dann der Mann versprechen müsse, er werde während seiner Lebenszeit der Frau und deren Erben die Ausübung des Nießbrauches gestatten. Rücksichtlich dessen, was er hinsichtlich des Erben gesagt hatte, wird er indes bedenklich, und unterscheidet verschiedene Fälle.

Es kann sein, daß der Frau bei Eingehung der Ehe das volle Eigenthum zustand, daß sie aber während der Ehe die Proprietät veräußerte. In Bezug auf diesen Fall heißt es: *ὀφείλει γὰρ ὁ ἀνὴρ ἀφίστασθαι τῆς οὐσουφρουκτουαρίας, καὶ παραχωρεῖν τῇ γυναικὶ τὸ κεχρῆσθαι καὶ καρποῦσθαι.* Des Erben geschieht keine Erwähnung. Es scheint also, als wenn in diesem Falle nichts auf die Erben übergehen sollte. Wie mag sich das erklären?

Suchen wir uns zunächst die Frage zu beantworten: was das wohl für Leute gewesen sein mögen, die den Nießbrauch behielten, aber die Proprietät verkauften?

Es werden dies Leute gewesen sein, die gedacht haben: wenn ich mich nur durch's Leben durchgeschlagen habe; meine Erben mögen selber zusehen, wie sie durchkommen.

Die Proprietätsveräußerung beruht demnach auf einem ganz

ähnlichen öconomischen Gedanken, wie unser heutiger Leibrentenvertrag. Denn auch der heutige Leibrentner gibt sein Vermögen, ganz oder theilweise, fort, um dagegen von diesem Vermögen für seine Lebenszeit höhern Nutzen einzutauschen, als das Vermögen ihm, wenn er es seinen Erben hätte bewahren wollen, einbringen konnte.

Und so scheint, um wieder zum Römischen Recht zurückzukehren, auch eine Frau, die eine Proprietät veräußerte, während dem Ehemanne der Nießbrauch zustand, nicht allzuviel Vorsorglichkeit für ihre Erben zu verrathen.

Dieser Punkt muß aber nothwendig zur Sprache gekommen sein, als der Handel über die Proprietät abgeschlossen wurde; denn jeder will wissen, was er kauft.

Stellen wir uns auf den Standpunkt des Käufers. Derselbe wird sich folgende Fragen erlaubt, und je nach deren Beantwortung für die Proprietät einen verschiedenen Preis geboten haben. Wann erhalte ich den Nießbrauch? Erst nach dem Tode deines Mannes? Oder gestattest du mir gleich nach der beabsichtigten Scheidung die Ausübung, auf welche du dann ein Recht hast? Oder willst du mir diese Ausübung erst nach deinem Tode gestatten?

War nun ausbedungen, daß die Ausübung gleich nach der Scheidung, oder auch nur nach dem Tode der Frau dem Proprietär zustehen solle; so bleibt für die Erben nichts übrig. An Abmachungen solcher Art mag Marcellus gedacht haben. Abmachungen solcher Art werden ausdrücklich in den Quellen erwähnt [8]). Und von vorne herein ist sehr wahrscheinlich, daß eine die Proprietät veräußernde Ehefrau bei diesem Handel auf ihre Erben keine sonderliche Rücksicht genommen haben wird.

Diese näheren Umstände hätten von Marcellus selber scharf und klar auseinandergesetzt sein können, während sie bei seiner Verwandlung in ein Basiliken-Scholion verloren gegangen wären.

Ich wende mich jetzt zum andern Falle: ein dritter hat auf Geheiß der Frau an seinem Grundstücke dem Manne als Mitgift einen Nießbrauch bestellt.

Also der Bräutigam eines Fräuleins sei Landmann ohne Landgut, sie aber habe Geld. Zwar reicht dies Geld nicht aus, um was

---

[8]) fr. 78 § 2 J. D. 23, 3 vba: nam vel ex empto actione adhuc, ut usumfructum praestet, mulier tenetur.

Eignes zu kaufen, aber ein Nießbrauch ließe sich wohl erschwingen. Es findet sich auch alsbald ein dritter, der wohl geneigt wäre, dem jungen Manne einen Nießbrauch zu bestellen. Hier wird aber gleich beim Abschluß des Handels die Frage auftauchen: wie soll es werden, wenn die Ehe durch Scheidung aufgehoben wird? Sie, die Braut, hat ja das Geld gehabt, und ob ihr künftiger Bräutigam auch wieder ein Landmann sein wird, weiß man doch nicht schon im voraus.

Auf alle Fälle wird aber eine solche Nießbrauchskäuferin dafür Sorge getragen haben, daß im Falle einer Scheidung der Nießbrauch nicht beim Manne verbleibe. Der Mann muß also jedenfalls den Nießbrauch an den Proprietär zurückgeben. Und was weiter geschehen soll, hängt vom Inhalt der desfallsigen Vereinbarungen ab.

Zunächst geschieht im Scholion einer Vereinbarung Erwähnung: wonach der Proprietär verpflichtet ist, entweder in der Person der Frau einen neuen Nießbrauch zu bestellen, oder sie anderweitig zu entschädigen.

Dann wird einer Vereinbarung gedacht: wonach die Frau berechtigt ist, im Falle der Scheidung für die Ausübung des Nießbrauches vom Proprietär einen bestimmten Kaufpreis zu fordern. Diesen Kaufpreis, sagt das Scholion, kann auch der Erbe der Frau als sein Interesse fordern. Denn wäre der Mann der Frau gegenüber in Bezug auf Herausgabe des Nießbrauches nicht säumig gewesen; so würde die Frau schon bei ihren Lebzeiten diesen Kaufpreis vom Proprietär für den Nießbrauch erhalten haben.

In diesem Scholion wird also der Anspruch des Erben ausdrücklich als ein Interesseanspruch aufgeführt. Und weil es ein Interesseanspruch ist, den hier die Nichtbeachtung der Mahnung erzeugt; so kann er nicht erst in der Person des Erben, sondern muß bereits in der Person der Erblasserin seinen Ursprung genommen haben. Und als Gegensatz zu diesem Fall, wo nach Marcell der Erbe klagen kann, haben wir uns solche zu denken: wo die Verpflichtung des Proprietärs mit dem Tode der Frau aufhören sollte. Man denke z. B. einfach an den Fall, daß der Proprietär zu weiter nichts verpflichtet war, als nach der Scheidung in der Person der Frau einen neuen Nießbrauch zu bestellen.

Sollte es mir nun gelungen sein, im obigen auf Grund des betrachteten Scholions den ungefähren Ideengang des wirklichen Marcell darzulegen; so werden wir uns sagen müssen: daß die Arbeit der

Compilatoren dieser Stelle aus Marcell gegenüber keine ganz einfache war. Ihnen lag es bei Anfertigung der Digesten ob: das Dotalrecht in Gemäßheit von c. un. C. de rei ux. act. 5, 13, umzugestalten; insonderheit hatten sie in Gemäßheit von § 4 dieser Constitution den Satz auszumerzen, daß der Dotalanspruch, um activvererblich zu sein, eine Mahnung erfordere. Hier stießen sie nun auf einen Anspruch, der auch als nichtdotaler activunvererblich sein konnte. Und wollten sie diese Stelle aus Marcell überall aufnehmen, so hätten sie sich ihrer Aufgabe etwa in folgender Weise entledigen können.

Wenn dem Ehemann ein Nießbrauch zur Mitgift gegeben, und die Proprietät sich bei Auflösung der Ehe bei einem dritten befindet; so kommt es für die Frage, ob die Erben der Frau einen Anspruch gegen den Mann haben, vor allen Dingen darauf an, welche Abmachungen zwischen der Frau und dem Proprietär getroffen wurden. Es kann sein, daß auf die Erben ein Interesseanspruch übergeht; sie können aber auch Anspruch auf Ausübung des Nießbrauches für die Lebenszeit des Ehemannes haben. Mögen diese Vereinbarungen zwischen Frau und Proprietär indes lauten, wie sie wollen; jedenfalls kommt für die Frage, ob in dieser Beziehung ein Anspruch auf die Erben übergeht, darauf, ob der Mann bei Lebzeiten der Frau gemahnt wurde, nur noch insofern etwas an: als diese Mahnung erforderlich war, um in der Person der Frau eine Interesseforderung zu begründen.

So ungefähr hätten die Compilatoren zu Werke gehen müssen. Statt dessen haben sie sich aber darauf beschränkt: die Fälle, über welche Marcell nachgedacht hatte, bis zur Unkenntlichkeit zu entstellen; und die neue Rechtsbildung in einem Schlußsatze anzufügen, dessen unglückliche Fassung in mehr als einer Beziehung Anstoß erregt.

Denn daß der Schlußsatz nicht von Marcell herrührt, kann schon an sich kaum zweifelhaft sein. Bestätigt wird diese Annahme dadurch, daß er in unserm Scholion und ebenso auch in einem kürzern Scholion von Cyrillus [9]) fehlt.

Für das heutige Rechtsleben ist die hier erörterte Frage von geringer Bedeutung. Die Nießbrauchsbestellung an Grundstücken scheint bei den Römern ein ganz gewöhnliches Rechtsgeschäft unter Lebenden gewesen zu sein; während wir uns heutzutage meistens begnügen, hier

---

[9]) Siehe Heimbach, Basiliken, Bd. III, S. 285.

Pacht- oder Miethverträge abzuschließen. Dieser Unterschied zwischen heutigem und Römischem Rechtsleben findet wohl darin seine Erklärung: daß der usus fructus an Grundstücken die ältere, die locatio conductio hingegen die jüngere Rechtsbildung gewesen sein wird. Man hatte sich an den ersteren einmal gewöhnt, und mochte von dieser Gewohnheit auch da nicht lassen, wo die jüngere locatio conductio vielleicht weit passender gewesen wäre. Dies trifft auch für den Dotalanspruch zu. Wenigstens wenn heutzutage ein Fräulein einen Landmann ohne Landgut zum Bräutigam hat, und ihr Geld nicht ausreicht, um was Eignes zu kaufen; läßt sie sich ihren Geliebten nicht nach einem Nießbrauche, sondern nach einer Pachtung umsehen.

Schließlich mögen sich unser fr. 57 S. M. diejenigen als Warnung gedient sein lassen, welche den Werth der Pandekten nicht hoch genug anschlagen zu können glauben. Denn so gut die Compilatoren hier mit dem wirklichen Marcell gewaltig willkürlich umgegangen sind, werden sie mit ihm und andern Römischen Rechtsgelehrten es anderswo ebenso gemacht haben: eine Thatsache, die auch sonst feststeht, auf die aber meistens viel zu wenig geachtet wird. Man ist meistens viel zu geneigt, was uns in den Digesten unter dem Namen der Römischen Rechtsgelehrten vorgeführt wird, für ihre unverfälschte Geistesarbeit zu halten. Es gibt so manche Pandektenstellen, denen einen tiefen juristischen Gedanken zu entlocken, man schon seit Jahrhunderten vergebens bemüht gewesen ist. Könnte es sich nun mit diesen Stellen nicht möglicherweise ebenso verhalten, wie mit unserm fr. 57 S. M.? Könnte, wohinter man tiefe Weisheit Römischer Rechtsgelehrter wittert, nicht möglicherweise beliebigen Compilatoren-Unsinn bergen?

Aehnliche Stellen sind z. B. fr. 8 de usufr. accr. 7, 2 verglichen mit Vat. fr. § 85 fgg.[10]) und fr. 27 § 17 ad leg. Aquil. 9, 2 verglichen mit Coll. II, 4 § 1[11]).

§ 77.

Zinsen. Römisches Recht. Gebiet.

Die Mahnung erzeugte nach Römischem Recht einen Anspruch auf Zinsen bei den gutgläubigen Obligationen, bei Vermächtnissen, bei der condictio incerti und der Pollicitatio.

---

[10]) Siehe dazu Bruns, quid conferant Vat. fr. S. 29 fgg.

[11]) Siehe dazu Pernice, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 10, S. 70, 71.

Für die gutgläubigen Obligationen findet sich dieser Satz theils allgemein aufgestellt, theils in einzelnen Anwendungsfällen bestätigt.

Allgemein sprechen ihn aus Papinian [1], Paulus [2], Marcian [3], der Kaiser Gordian [4], sowie die Kaiser Diocletian und Maximian [5].

Einzelne Anwendungsfälle liefern:

1) für die Verpflichtung des Käufers Hermogenian [6], der Kaiser Gordian [7], sowie die Kaiser Diocletian und Maximian [8];

2) für die Verpflichtung des Verkäufers Paulus [9]. Nämlich wenn der Kaufpreis bereits bezahlt und der Handel nachher wieder aufgehoben wurde [10]. Das Berliner Oberappellationsgericht billigt in Fällen dieser Art sogar schon von der Zahlung an Zinsen zu [11].

3) für die Verpflichtung des Miethers Paulus [12], sowie die Kaiser Diocletian und Maximian [13];

4) für die Verpflichtung des Pfandgläubigers in Bezug auf den Ueberschuß Paulus [14];

Paulus selber wird die actio fiduciae im Sinne gehabt haben. Die betreffende Stelle ist nämlich aus dem 2. Buche seiner sententiae, und wird in nicht allzu großer Entfernung von einer Stelle gestanden haben, die uns noch in den R. S. II, 13, 1, aufbewahrt ist und die so lautet:

> Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem.

5) für die Verpflichtung des Depositars Papinian [15], Paulus [16] und Kaiser Gordian [17];

---

1) fr. 24 depositi 16, 3.
2) fr. 54 pr. Loc. Cond. 19, 2.
3) fr. 32 § 2, § 3 Us. 22, 1.
4) c. 2 C. Depositi 4, 34.
5) c. 3 C. in quib. caus. 2, 41; c. 17 C. de locato 4, 65.
6) fr. 19 de per. et comm. 18, 6; fr. 49 § 1 A. E. V. 19, 1.
7) c. 5 C. de pactis inter emt. 4, 54.
8) c. 5, 13 C. A. E. V. 4, 49.
9) fr. 47 A. E. V. 19, 1. Vgl. zu dieser Stelle Bd. I, S. 146—148.
10) Vgl. Bd. I, S. 105.
11) Seuffert's Archiv, Bd. 21, Nr. 114.
12) fr. 17 § 4 Us. 22, 1; fr. 54 pr. Loc. 19, 2.
13) c. 17 C. de locato 4, 65.
14) fr. 7 de pign. act. 13, 7.
15) fr. 24, fr. 25 § 1 Depositi 16, 3.
16) Paul. R. S. II, 12, 7; Coll. X, 7, 7.
17) c. 2 C. Depositi 4, 34.

6) für die Verpflichtung des Gesellschafters vielleicht Papinian[18];

7) für die Verpflichtung des Beauftragten Ulpian[19], sowie die Kaiser Diocletian und Maximian[20];

8) für die Verpflichtung des Auftraggebers Ulpian[21];

9) für das judicium familiae herciscundae Papinian[22] und

10) für die Verpflichtung des Vormundes African[23].

Was in dieser Beziehung von der Verpflichtung des Vormundes gilt, leidet auch Anwendung auf die actio tutelae utilis, mit der auf Grund eines Senatusconsultes des Kaisers Hadrian[24] die Municipalmagistrate hafteten, wie aus einem Rescripte der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla hervorgeht[25].

Für die Verpflichtung des Mündels wird die Mahnung deshalb wohl kaum in Betracht kommen, weil hier die Zinsen schon von einem früheren Zeitpunkte zu laufen anfangen. Vgl. fr. 3 § 4 de contr. tut. 27, 4. Mommsen S. 237, Anm. 5.

Anlangend das judicium familiae herciscundae, so zählt freilich Gajus IV, 62 dasselbe noch nicht den gutgläubigen zu. Allein bereits in einer Constitution des Kaisers Gordian[26] heißt es:

> quum familiae erciscundae titulus inter bonae fidei judicia numeretur.

Und diese Entwicklung könnte sich bereits gemacht haben, als Papinian sein 5. Buch der Responsen schrieb, was zwischen 206 und 211 geschah[27]. Dem steht wenigstens die Ausdrucksweise „viri boni arbitratu" in dem betreffenden fr. 5 § 1 de dot. coll. durchaus nicht entgegen, obwohl diese Worte auch eine andere Erklärung gestatten. Wir wissen nämlich, daß die Collationsstipulation des Emancipirten nach dem Edicte sogleich auf bona fides concipirt werden mußte[28]. Daraus können wir schließen: daß es sich mit der

---

18) arg. fr. 1 § 1 Us. 22, 1. Vgl. zu dieser Stelle unten § 78.

19) fr. 10 § 3 Mand. 17, 1.

20) c. 19 C. mandati 4, 35.

21) fr. 12 § 9 Mand. 17, 1.

22) fr. 5 § 1 de coll. dot. 37, 7, vgl. mit fr. 1 pr. eodem.

23) fr. 10 Rem. pup. 46, 6 in Verbindung mit fr. 9 eodem.

24) c. 5 C. de mag. conv. 5, 75, vgl. c. 1 eodem.

25) fr. 9 de mag. conv. 27, 8.

26) c. 9 C. Fam. erc. 3, 36.

27) Fitting, Alter der Schriften Römischer Juristen, S. 32.

28) fr. 5 § 1 de coll. bon. 37, 6 vba: „cum boni viri arbitratu

Collationsstipulation der Haustochter wegen ihrer Mitgift ebenso verhalten haben wird. Und dieser Umstand, daß die künftige Collationsstipulation der Tochter die Worte „viri boni arbitratu“ enthalten mußte, könnte ebenfalls die Papinian'sche Ausdrucksweise veranlaßt haben. Andererseits haben wir aber auch eine Stelle, dem 19. Buche von Ulpian's Edictscommentar [29]) entnommen [30]), deren Ausdrucksweise „boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet“ ebenfalls dafür zu sprechen scheint, daß das judicium familiae herciscundae damals schon den bonae fidei judicia zugezählt wurde.

Im übrigen verdient fr. 5 § 1 de dotis coll. daß wir uns noch etwas näher mit demselben beschäftigen. Die Stelle lautet:

> Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit: viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, cum emancipatus frater etiam fructus conferat et filia partis suae fructus percipiat.

Fein [31]) bezieht diese Stelle auf einen Fall, wo die Tochter wegen ihrer in Gelde bestehenden Mitgift bereits cavirt hatte und nunmehr die reelle Collation verweigert. D. h. meines Erachtens der Stelle Gewalt anthun. Denn Fein [32]) sagt an einer andern Stelle sehr richtig:

> „Ja, man kann wohl als Regel aufstellen, daß wir den Ausdruck conferre auf die Caution, als die im Edicte vorgeschriebene alleinige Form der Collation, beziehen müssen, wenn nicht aus den Worten oder dem Inhalte einer Stelle deutlich hervorgeht, daß die reelle Theilung darunter verstanden sein solle.“

Nun vermöchte ich aber in der That nicht anzugeben: was uns nöthigen könnte, die Ausdrücke conferre und collationi in unserer Stelle auf eine Realcollation zu beziehen. Mindestens an deutlichen Hinweisen fehlt es doch gänzlich.

---

collationem fieri edicto praetoris insertum est“; fr. 2 § 2 eodem. Vgl. Fein, das Recht der Collation, S. 87.

[29]) „wenigstens zur ersten Hälfte unter Severus (193—198) geschrieben, aber erst später bekannt gemacht, oder, wenn bereits früher herausgegeben, später noch einmal überarbeitet.“ Vgl. Th. Mommsen, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 1870, Bd. 9, S. 113.

[30]) fr. 4 § 1 fam. erc. 10, 2.

[31]) a. a. O. S. 175.

[32]) a. a. O. S. 103.

Fein[33]) meint freilich:

„Verzugszinsen im eigentlichen Sinne des Wortes wären erst nach geleisteter cautio de conferendo denkbar."

Allein dieser Satz steht in Widerspruch mit einem Ergebnis, zu welchem Fein in Bezug auf die collatio emancipatorum gelangt war, in welcher Beziehung es bei ihm heißt[34]):

„Weigert er (der Emancipirte) sich nun, diesen Schaden, welcher in Vergütung für fructus percipiendi, Verzugszinsen, Prästation des casus, kurz in allen Prästationen, welche durch mora hervorgebracht werden, zu ersetzen, so findet gegen ihn der oft erwähnte Zwang durch Verweigerung der Erbschaftsklagen Statt. Was also der suus, als morosus, mit der actio familiae herciscundae zu büßen hat, muß auch der Emancipirte, bei Verlust der ihm deferirten Erbportion, prästiren."

Denn hiernach müßten auch in unserm Falle bereits vor geleisteter cautio de conferendo mindestens Verzugszinsen im uneigentlichen Sinne des Wortes zulässig sein.

Allein es hat durchaus nichts Bedenkliches, eine wirksame Mahnung schon vor geleisteter Caution zu gestatten. Denn auf alle Fälle war die Tochter zu einer Vorhandlung verpflichtet: sie mußte sich darüber entscheiden, ob sie die Mitgift behalten, oder miterben wollte; und eine solche Vorverpflichtung ist zu einer Mahnung schon vollkommen ausreichend[35]). Was Fein's Blick hier getrübt hat[36]), ist der alte Irrthum: daß Fälligkeit der schuldigen Leistung eine Voraussetzung der Mahnung sei.

Wenn wir aber annehmen müssen, daß die cautio de conferendo noch nicht geleistet war; so bleibt nur übrig, bei dem „cogetur" unserer Stelle an ein judicium familiae herciscundae zu denken. Und diese Annahme ist um so weniger gewagt, als es auch in fr. 1 pr. de dotis collatione heißt: „ad collationem dotis per arbitrum familiae herciscundae posse compelli." Freilich meint Fein[37]) zu dieser Stelle: der Zwang des arbiter hätte nur

[33]) a. a. O. S. 174.
[34]) a. a. O. S. 112, 113.
[35]) Vgl. Bd. I, § 55 unter Nr. I, S. 535, 536
[36]) a. a. O. S. 112.
[37]) a. a. O. S. 168.

darin bestehen können, daß die Klage der Haustochter auf ihr Erbtheil von ihm zurückgewiesen wäre. Das ist ganz richtig. Immerhin aber besaßen die Miterben in dem judicium familiae herciscundae ein Mittel, die Haustochter zu einer Erklärung darüber zu nöthigen: ob sie conferiren und an der Erbschaft Theil nehmen, oder von der Erbschaft nichts wissen wolle. Und wenn sie sich dann für Collation entschied, mußte sie auch die Mahnungszinsen mit entrichten.

Fein wirft noch die Frage auf: warum der Prätor die Klage nicht sofort a limine judicii zurückgewiesen habe? Wir finden nämlich anderswo Verhandlungen, die darauf hinzielten, den Collationspflichtigen zu einem Entschluß zu bringen, vor dem Prätor geführt [38]). Das sind Fragen, die mit dem Römischen Proceßmechanismus in Zusammenhang stehen. Für das heutige Recht dürfte meines Erachtens kaum zu bezweifeln sein: daß der Collationspflichtige mit der Erbtheilungsklage dazu angehalten werden kann, sich darüber zu erklären: ob er conferiren will, oder nicht. Diese Erklärung wäre ihm abzuverlangen unter dem Rechtsnachtheile: daß er im Falle des Ungehorsams so anzusehen sei, als wolle er nicht conferiren.

Arndts [39]) bezieht unsere Stelle gar nicht auf eine technische Mora. Er sagt hierüber:

„Die angeführten Gründe der Entscheidung würden nicht zutreffen, wenn man die Worte moram collationi fecit so verstehen wollte: sie ist durch Interpellation in Mora versetzt worden."

Allein in dieser Beziehung hat bereits Fein [40]) den Sinn unserer Stelle ganz richtig aufgefaßt, wenn er sagt:

„Die sua, will also Papinian sagen, kann, wenn sie vermöge des arbitrium boni viri Verzugszinsen prästiren soll, sich um so weniger darüber beklagen, weil sie vermöge desselben boni viri arbitrium den Vortheil hat, an den Früchten der Collationsobjecte des emancipirten Bruders Theil zu nehmen."

Ich wende mich jetzt zu den Vermächtnissen, für welche dieser Zinsenanspruch theils allgemein, theils in besonderen Anwendungsfällen anerkannt wird.

---

[38]) Vgl. z. B. fr. 1 § 10, § 13; fr. 2 § 9 de coll. bon. 37, 6; fr. 5 § 1 Ut leg. 36, 3.

[39]) Rechtslexicon, Bd. 3, S. 841, 842.

[40]) a. a. O. S. 98.

Allgemein redet z. B.

Paulus R. S. III, 8, 4 vba:

Ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt.

sowie die Kaiser Diocletian und Maximian in

c. 3 C. in quib. caus. 2, 41, vba:

in his videlicet, quae moram desiderant (considerant) [41], id est in bonae fidei contractibus, et fideicommissis, et legatis.

Für das Fideicommiß im allgemeinen oder das Singular-Fideicommiß bezeugen diesen Rechtssatz Gajus [42], Papinian [43], Paulus [44], Ulpian [45], sowie die Kaiser Diocletian und Maximian [46].

Für das Universalfideicommiß Marcellus [47], Papinian [48] und Ulpian [49].

Für das Legat Gajus [50], Papinian [51], Paulus [52], sowie die Kaiser Diocletian und Maximian [53].

Daß nach Justinian'schem Recht dieser Zinsenanspruch bei sämmtlichen Vermächtnissen, soweit die Zinsen nicht schon aus einem andern Grunde beansprucht werdxn konnten [54], Statt hatte: kann nicht füglich zweifelhaft sein. Es ist aber eine Streitfrage: wie es sich in dieser Beziehung vor der Justinian'schen Ausgleichungsgesetzgebung in c. 1, 2 Comm. de leg. 6, 43 verhielt. Hierauf werde ich am Schlusse dieses Paragraphen zurückkommen.

Für die condictio incerti kommt zunächst das legatum sinendi modo in Betracht [55]. Im übrigen begegnen wir diesem Zinsen-

[41] Vgl. Bd. I, S. 44.
[42] Gaj. II, 280, vgl. Epitome II, 7 § 8 a. E.
[43] fr. 3 § 4 Us. 22, 1; fr. 78 § 2 Leg. II; fr. 10 § 1 de alim. 34, 1.
[44] R. S. III, 8, 4; fr. 84, fr. 87 § 1 Leg. II.
[45] fr. 24 § 14 de fid. lib. 40, 5.
[46] c. 3 C. in quib. caus. 2, 41.
[47] fr. 44 § 1 ad S. C. Treb. 36, 1.
[48] fr. 58 pr. ad S. C. Treb. 36, 1.
[49] fr. 92 C. et D. 35, 1.
[50] Gaj. II, 280.
[51] fr. 24 pr. de usu et usufr. 33, 2.
[52] Paul. R. S. III, 8, 4.
[53] c. 3 C. in quib. caus. 2, 41.
[54] Vgl. fr. 24 pr. de usu et usufr. 33, 2.
[55] Gaj. II, 280; fr. 24 pr. de usu et usufr. 33, 2.

anspruch nur bei der incerten Stipulation, und zwar auch hier nur, sofern sich dieselbe an eine Obligation anlehnt, die diesen Zinsenanspruch zuläßt. Anwendungsfälle liefern:

African für die Stipulation rem pupilli salvam fore [56];

Scävola für eine Stipulation, betreffend die Verpflichtung eines Vormundes, eingegangen von dessen Erben [57];

Paulus für Stipulationen in omnem causam conductionis, oder in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes? oder indemnem me praestabis? eines fidejussor [58];

Ulpian für die Stipulatio legatorum seu fideicommissorum servandorum causa [59]; und

Kaiser Gordian für die Stipulation in omnem causam emti eines fidejussor [60].

Was endlich die Pollicitatio anbetrifft, so ist nach einem Zeugnis von Ulpian unser Zinsenanspruch hier erst durch ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla (198—211) eingeführt.

fr. 1 pr. de poll. 50, 12. Ulp.

> Si pollicitus quis fuerit rei publicae opus se facturum vel pecuniam daturum, in usuras non convenietur: sed si moram coeperit facere, usurae accedunt, ut imperator noster cum divo patre suo rescripsit.

Man hat viel darüber nachgedacht, wie diese Stelle mit folgender in Einklang zu bringen sei [61].

fr. 16 Usuris 22, 1. Paulus libro primo decretorum.

> Liberalitatis in rem publicam factae usurae non exiguntur.

Meines Erachtens hätte Paulus unmöglich einen so allgemeinen

---

56) fr. 10 Rem pup. 46, 6.

57) fr. 122 § 5 V. O. 45, 1. Vgl. zu dieser Stelle Bd. I, § 55, S. 536—539.

58) fr. 54 pr. Loc. 19, 2.

59) fr. 1 § 13 Ut leg. 36, 3.

60) c. 5 C. de pactis inter emtorem. 4, 54.

61) Vgl. Noodt, de foenore et usuris Lib. III, Cap. 7 a. E. Op. omn. tom I, pag. 247, 248; v. Madai a. a. O. S. 378—380. Mommsen a. a. O. S. 241—243.

Ausspruch thun können, wenn er das Rescript der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla schon gekannt hätte. Wir müssen also annehmen: daß dieses Rescript noch gar nicht erlassen war, als Paulus diese Stelle niederschrieb. Und dieser Annahme steht um so weniger etwas im Wege, als wir anderweitig wissen, daß Paulus seine drei libri decretorum ebenfalls unter den Kaisern Severus und Antoninus Caracalla verfaßte [62]). Das erste Buch dieser Decrete, worauf es uns hier allein ankommt, könnte sogar schon unter Severus (193—198) geschrieben sein. Denn in der einen hier in Betracht kommenden Stelle [63]) heißt es: „imperator autem motus est" — „pronuntiavit" — „movit etiam illud imperatorem"; es ist also nicht von imperatores die Rede. Und in der andern Stelle [64]) wird Severus ausdrücklich, und zwar allein genannt: „Severus Augustus dixit." Fitting a. a. O. hat freilich noch fr. 93 de her. inst. 28, 5 hierher gestellt, wo an „imperatores nostros" supplicirt wird. Allein hier waltet ein Versehen ob. Denn diese Stelle ist zwar dem ersten Buche der imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex entnommen, dagegen dem zweiten Buche der Decrete [65]).

Mag übrigens fr. 16 Us. von Paulus niedergeschrieben sein, wann es wolle; jedenfalls widerspricht dasselbe durchaus dem fr. 1 pr. de poll. von Ulpian. Anlangend die Pollicitationen sind demnach in die Justinian'sche Gesetzsammlung zwei Stellen aufgenommen, die, weil sie sich widersprechen, sich gegenseitig aufheben. Für das heutige Recht ist es also so gut, als ob das Corpus juris über unsern Zinsenanspruch bei Pollicitationen keine Bestimmung enthielte; es kommen also heutzutage für Pollicitationen ebenfalls die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung, welche wir bereits Bd. I, § 15, S. 149, 150, kennen lernten [66]). Und diesen Umstand haben wir um so weniger Ursache zu beklagen, als die Pollicitationen, wenn überhaupt noch, heutzutage jedenfalls nur sehr selten vorkommen werden. Wes=

---

[62]) Fitting, über das Alter der Schriften Röm. Juristen, S. 46.

[63]) fr. 38 pr. Min. 4, 4.

[64]) fr. 9 pr. de dec. 50, 2.

[65]) Ueber das Verhältnis dieser beiden Schriften vgl. Zimmern, Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 376, Anm. 45 und die dort Angeführten.

[66]) Vgl. auch unten § 89.

halb also hier eine Besonderheit annehmen? Man muß das Recht nicht verwickelter machen, als nöthig ist.

Damit wäre das Gebiet der Mahnungszinsen nach Römischem Rechte abgeschlossen. Es gab einmal eine Zeit, wo die Mahnung überall gar keinen Zinsenanspruch erzeugte. Im Laufe der Zeit setzte sich aber dieser Zinsenanspruch bei ganz bestimmten Obligationen fest, die im obigen aufgezählt sind.

Die Römische Auffassung ist also von der heutigen eine wesentlich verschiedene. Heutzutage erzeugt die Mahnung im allgemeinen bei allen auf Geld gerichteten Obligationen einen Zinsenanspruch. Diese Anschauung dürfen wir indes noch nicht auf das Corpus juris übertragen. Und soferne wir hier etwa auf allgemein redende Stellen stoßen sollten, dürfen wir sie vom Römischen Standpunkte aus in beschränkender Weise nur von dem Gebiete verstehen, wo wir auch sonst Mahnungszinsen antreffen. Von diesem Gesichtspunkte aus ist z. B. das officium judicis in fr. 58 (60) pr. ad S. C. Treb. 36, 1 aufzufassen. Dasselbe gilt ferner von folgender Stelle:

fr. 7 Us. 22, 1. — Papinianus libro secundo responsorum.

> Debitor usurarius creditori pecuniam obtulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.

Unter dem Zinsenschuldner, debitor usurarius, haben wir nicht etwa einen Darlehensschuldner zu verstehen, woran man, vom heutigen Standpunkte aus, zunächst zu denken geneigt sein möchte. Denn der debitor usurarius soll, wie sich aus dem Zusammenhange ergibt, ein Schuldner sein, der nicht bloß Zinsen, sondern auch Capital schuldet. Dagegen beim Römischen Darlehen bedurfte es zur Herbeiführung einer Zinsenverbindlichkeit einer eignen Obligation. Hier lagen zwei Obligationen, eine in Bezug auf das Capital und eine in Bezug auf die Zinsen, vor[67]); ein solcher Zinsenschuldner schuldete also in der That nur Zinsen. Sollte gleichwohl ein Leser Papinian's Neigung verspürt haben, mit dem Ausdrucke debitor usurarius moderne Vorstellungen zu verbinden, und dabei an einen Darlehensschuldner zu

---

[67]) fr. 8 de eo quod certo loco 13, 4; fr. 24 de praescr. verb. 19, 5.

denken; so hätte er in demselben Werke, aus dem unsere Stelle entnommen, nur ein wenig weiter zu blättern, bezw. rollen, brauchen; er würde dann sicherlich von seiner Meinung zurückgekommen sein, wenn er hier gelesen hätte [68]):

> mandati eum non acturum Papinianus libro tertio responsorum scribit, quia de mutua pecunia eum habet obligatum: et ideo usuras eum petere non posse quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductae non sunt.

Der debitor usurarius in unserer Stelle muß sich also jedenfalls auf einen Schuldner beziehen, dessen Zinsverbindlichkeit von den Römern nicht als eine besondere Obligation, sondern als Anhängsel einer andern Obligation, bezw. als Nebenobligation, aufgefaßt wurde, also auf eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit. Und zwar muß Papinian eine Obligation im Sinne gehabt haben, die dem Gebiete angehörte, auf dem wir uns hier befinden; denn wenn der Schuldner die Deposition wieder rückgängig macht, soll die Mahnung ja im Stande sein, einen Zinsenanspruch zu erzeugen.

Mommsen hat unsere Stelle wesentlich misverstanden. Einentheils meint er, sie handle von Vertragszinsen [69]); andererseits führt er sie als Beleg für den Satz an, daß Deposition die Obligation aufhebe [70]). Auch in letzterer Beziehung beweist diese Stelle das gerade Gegentheil: daß nämlich, sobald der Schuldner die Deposition wieder rückgängig macht, die Obligation, nach wie vor, existirt [71]).

Das Gebiet der Mahnungszinsen ist also nach Römischem Recht ein durchaus positiv abgeschlossenes. Nur bei ganz bestimmten, besonders namhaft gemachten Obligationen kennt es Mahnungszinsen. Und da zu diesen besonders namhaft gemachten Obligationen die Condictionen auf certa pecunia nicht gehören, so versteht es sich schon aus diesem Grunde von selber: daß die Mahnung hier keinen Zinsenanspruch erzeugte. Der Standpunkt des Römischen Rechtes in dieser Beziehung ist denn auch mehr der der Selbstverständlichkeit. An einem derartigen Satze, der mit dürren Worten ausspräche: daß die Mahnung bei den Condictionen auf certa pecunia keinen Zinsenanspruch

---

68) fr. 10 § 4 Mand. 17, 1.

69) a. a. O., S. 289.

70) a. a. O., S. 307.

71) Vgl. Bd. I., § 22, S. 227.

erzeuge — fehlt es. Dagegen ist dieser Satz indirect in einer Reihe von Stellen anerkannt [72]).

Auf dem Gebiete, auf welchem sich unsere Mahnung hier nach Römischem Rechte bewegte, fehlte es indes auch nicht an Ausnahmen. Hierher gehört zunächst der Satz „fiscus ex suis contractibus usuras non dat" [73]), welcher bei seiner großen Allgemeinheit auch die Mahnungszinsen mit umfaßt. Dieser Satz gilt indes da nicht, wo der Fiscus „in loco privati successit" [74]), also nicht, wenn z. B. eine Verbindlichkeit auf dem Wege der Universalsuccession auf ihn übergegangen war.

Gewöhnlich pflegt man hier auch das Schenkungsversprechen zu nennen [75]). Allein da der eine Grund, welcher hier die Mahnungszinsen ausschließt, die summa aequitas [76]), auch auf andere Wirkungen der Mahnung paßt; das Schenkungsversprechen in dieser Beziehung auch gar nicht einmal allein dasteht: so mußte hiervon in einem andern Zusammenhange gehandelt werden [77]). Und der andere Grund „maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur" ist kein besonderer.

Ferner gehört hierher ein anderer Satz, der uns bereits früher beschäftigte [78]), den man hier aber wieder ausläßt: daß nämlich Gemeindebeamte, welche wegen ihrer Amtsführung für andere in Anspruch genommen werden, nur das Capital, aber keine Zinsen zu erstatten brauchen [79]).

Endlich wird hier noch eine Ausnahme angeführt, zu der man dadurch gelangt ist, daß man fr. 9 de mag. conv. 27, 8 mit c. 1 de fisc. us. 10, 8 in Verbindung brachte; auf Grund welcher beiden

---

72) fr. 24 de praescr. verb. 19, 5; fr. 22 de don. 39, 5; c. 3 C. de us. 4, 32; fr. 10 § 4 Mand. 17, 1; c. 1 de cond. ind. 4, 5; c. 4 C. de cond. ob turp. caus. 4, 7; fr. 68 § 1 de fidej. 46, 1.

73) fr. 17 § 5 Us. 22, 1.

74) Vgl. außer d. fr. 17 § 5 auch c. 2 C. de fisc. us. 10, 8.

75) So auch v. Madai a. a. O., S. 376—380. Mommsen a. a. O., S. 241--243.

76) fr. 22 de don. 39, 5.

77) Siehe Bd. I., § 15, S. 149, 150, und unten § 89.

78) Bd. I, § 25, S. 254—257.

79) fr. 54 pr. Loc. 19, 2; fr. 17 § 7 Us. 22, 1; fr. 21 § 1 ad Mun. 50, 1; fr. ult. pr. de adm. rer. 50, 8; c. un. C. de his qui ex off. 11, 38.

Stellen man dann den Satz aufstellte: daß bei Strafgeldern, welche in die Kasse des Fiscus flössen, die Mahnung keinen Zinsenanspruch erzeuge [80]).

Was nun zunächst die Digestenstelle anbetrifft, so ist dieselbe aus dem vierten Buche von Modestin's Pandekten genommen und lautet:

> An in magistratus actione data cum usuris sors exigi debeat, an vero usurae peti non possint, quoniam constitutum est poenarum usuras peti non posse, quaesitum est. et rescriptum est a divis Severo et Antonino et usuras peti posse, quoniam eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores.

Es leuchtet ein, wenn diese Stelle den fraglichen Rechtssatz enthalten soll: daß alles Gewicht auf den Ausdruck poenarum gelegt werden muß. Allein gerade dieser Ausdruck ist sicher corrupt. Es soll nämlich in der vorliegenden Stelle ein Municipalmagistrat für ein Capital verantwortlich gemacht werden, das einem Mündel verloren gegangen ist; und dabei wird die Frage aufgeworfen: ob der Municipalmagistrat auch Zinsen zu entrichten habe. Was soll hier eine Constitution: daß von fiscalischen Strafgeldern keine Zinsen entrichtet würden? Es handelt sich hier nicht um Strafgelder, sondern um ein Capital, das durch Unachtsamkeit des Municipalmagistrates, in seiner Eigenschaft als Obervormund [81]), dem Mündel verloren gegangen ist. Und um einen solchen läppischen Einwand zu beseitigen, sollte Modestin es für erforderlich gehalten haben: auf ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus Bezug zu nehmen!

Ich vermuthe foenorum statt poenarum, und beziehe „constitutum est" auf eine Constitution, die uns schon früher beschäftigte [82]), nämlich:

> c. un. C. de his qui ex officio, quod administraverunt, conveniuntur 11, 38.
>
> Imperator Antoninus A. Octavio. Foenoris reipublicae, quod non tua culpa perditum esse apparuerit, sufficit sortis damnum, non etiam usurarum ejus sustinere.

Auf diese Weise erhalten wir wenigstens einen vernünftigen Sinn.

---

[80]) So auch v. Madai a. a. O., S. 380, 381; und Mommsen a. a. O., S. 243.

[81]) Vgl. c. 5 C. de mag. conv. 5, 75.

[82]) Bd. I., § 25, S. 256.

Jetzt ist der Einwand des Municipalmagistrats folgender: ich hafte ja auch in andern Fällen nur für Capital und nicht für Zinsen, warum also nicht auch in diesem Falle, wo es sich ebenfalls um ein verloren gegangenes Capital handelt? Darauf antwortet dann Modestin: schon die Kaiser Severus und Antoninus hätten rescribirt, daß die Grundsätze, welche auf die Amtsführung der Gemeindebeamten Bezug hätten, hier keine Anwendung erleiden könnten; da es sich hier um eine actio utilis tutelae handle [83]), die sich in dieser Beziehung nach ihrem Vorbilde richten müsse.

Foenus nehme ich also im Sinne von „zinstragendes Capital"; eine Bedeutung, die dieses Wort auch sonst hat [84]). Gewöhnlicher ist freilich die Bedeutung „Zinse" [85]). Und gerade der Umstand, daß foenorum in unserer Stelle nicht seine regelmäßige Bedeutung hatte, mag mit Veranlassung zur Textesänderung geworden sein; obwohl dieselbe in der großen Aehnlichkeit der beiden Wörter schon allein ihre Erklärung findet.

Sollte übrigens die Conjectur foenorum statt poenarum richtig sein, so wäre das auch insofern interessant, als wir hier dann eine Textesverderbtheit von ziemlich hohem Alter vor uns hätten. Denn bereits den Basiliken liegt der verkehrte Text zu Grunde. Es heißt hier:

Bas. XXXVIII, 8, 9.

κἂν εἰ τὰ μάλιστα κεκανόνισται, ποινῆς τόκον μὴ ἀπαιτεῖσθαι.

Was übrigens den Satz selber anbetrifft, daß nach Römischem Recht von fiscalischen Strafgeldern keine Mahnungszinsen begehrt werden durften; so fällt es mir nicht ein, dessen Richtigkeit zu bestreiten. Es ist dies nur keine Besonderheit; und folgt schon daraus, daß die fiscalischen Strafgelder nicht zum Gebiete der Mahnung gehörten. Nicht einmal den Satz finden wir im Corpus juris mit dürren Worten ausgesprochen, daß bei der condictio auf certa pecunia die Mahnung keinen Zinsenanspruch erzeuge; weshalb will man also dies bei den fiscalischen Strafgeldern besonders hervorheben?

---

83) Vgl. c. 1, 5 C. de mag. conv. 5, 75.

84) fr. 12 § 9 Mand. 17, 1; c. 13 ad S. C. Vell. 4, 29; Isidorus, Origines Lib. 5, cap. 25.

85) fr. 9 § 1 Us. 22, 1; fr. 24 pr. de usu et usufructu 33, 2; fr. 58 § 2 ad S. C. Treb. 36, 1; u. a. m.

Dagegen gab es einen Satz, wonach der Römische Fiscus aus Vertragsverhältnissen regelmäßig Zinsen von der Fälligkeit der Forderung an verlangen konnte [86]). Freilich wird dieser Satz häufig viel zu allgemein gefaßt, und dieses Zinsenprivilegium dem Fiscus für alle seine Geldforderungen zugestanden [87]). Eine derartige Verallgemeinerung ist um so mehr zu misbilligen, als es in fr. 17 § 5 Us. 22, 1 ausdrücklich heißt „ex suis contractibus", Worte, die doch auch zu dem „sed ipse accipit" gehören; und als dieses Privileg in Bezug auf Vertragsverhältnisse gar nicht einmal ausnahmslos Anwendung litt [88]). Dazu kommt, daß auch dieses Privileg des Fiscus kaum einen vernünftigen Sinn hat und, je eher, je lieber, beseitigt werden müßte; sofern dasselbe überall noch in Uebung sein sollte, was z. B. das Oberappellationsgericht zu Cassel verneint hat [89]).

Diesem Rechtssatze gegenüber hätte es nun vielleicht einigen Sinn gehabt, wenn besonders hervorgehoben wäre: daß von diesen gesetzlichen Zinsen bei fiscalischen Strafgeldern keine Rede sein könne. Und dieses ist der Sinn folgender Stelle.

c. 1 de fisc. us. 10, 8. — Imp. Antoninus A. Antiocho.

Ejus summae, quam tibi poenae nomine inflictam probaturus es, usurae non exigentur; nec enim mulctam tibi procurator meus irrogavit ultra quam placitum est, sed poenam te jussit inferre.

Es hat sich hier jemand über ein Strafurtheil des procurator Caesaris [90]) beim Kaiser Caracalla beschwert. Und zwar wird seine Beschwerde dahin gegangen sein: daß die Strafe zu hoch sei, um so mehr, als er den ganzen Betrag zu verzinsen habe.

Daß das Straferkenntnis wirklich auf Zinsen gelautet habe, wird man kaum annehmen können, da der Kaiser von einer Summe spricht, „quam tibi poenae nomine inflictam probaturus es". Und wenn der Kaiser fortfährt: usurae non exigentur, „Zinsen

---

[86]) fr. 17 § 5, 6; fr. 43 Us. 22, 1; fr. 10 § 1 de publ. 39, 4; fr. 68 § 1 de fidej. 46, 1. Vgl. Bd. I., § 2, S. 8.

[87]) So z. B. von Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 278, Anm. 13.

[88]) Vgl. fr. 16 § 1 Us. 22, 1; fr. 6 pr. de jure fisci 49, 14.

[89]) Seuffert's Archiv, Bd. 18, Nr. 23.

[90]) Vgl. über diesen v. Bethmann-Hollweg, Civilproceß, Bd. 2, § 81, S. 183 fgg.

werden nicht gefordert werden"; so läßt dies vermuthen, daß bisher noch niemand auf den Einfall gekommen war, dem Beschwerdeführer Zinsen abzufordern. Denn sonst würde der Kaiser sich wohl anders ausgedrückt und etwa gesagt haben: usurae non juste a te exigebantur. Wir haben es hier also nur mit einem subjectiven Dafürhalten des Beschwerdeführers zu thun: er glaubte fälschlich, oder stellte sich wenigstens so, daß er die Strafsumme, in die er verurtheilt war, auch verzinsen müsse.

Zu dem mit nec enim beginnenden Satze bemerkt Cujacius [91]) sehr treffend:

> „Corrigit Imp. errorem proponenti in libello multam pro poena."

und ebenso richtig ist seine weitere Bemerkung zum ultra quam in der Constitution:

> „Contra quam placitum est: nec enim procuratori Caesaris multae dictio est, l. 2. sup. de mo. mult. cum tamen poenam infligat legibus definitam."

Der Beschwerdeführer hatte also in seiner Beschwerdeschrift fälschlich von mulcta statt von poena gesprochen, und das wird vermuthlich nicht aus reiner Einfalt geschehen sein; denn nur bei der mulcta, nicht aber bei der poena war Provocation zuläßig [92]).

Die Abweisung der Beschwerde lag also schon im Ausdruck poena. Denn damit sprach der Kaiser aus: daß es sich hier um eine Sache handle, die ihn nichts kümmere.

v. Madai hat unsere Stelle merkwürdig misverstanden. Er meint S. 380, 381:

> „Nur für die poena gilt die Verordnung Caracalla's, daß Verzugszinsen hier ausgeschlossen bleiben: vielleicht weil usurae ex mora stets officio judicis debentur, diesem arbitrium judicis aber ein freier Spielraum nur bei der multa gestattet wurde, während die poena nicht vom Richter, sondern lediglich vom Gesetz abhing."

Allein sowohl die poena, als die multa gehörten nicht zum Gebiete der Mahnung. Und die argumentatio a contrario, welche v. Madai vornimmt, erklärt sich daraus: daß er unsere Stelle nicht vom Römischen, sondern vom modernen Standpunkte aus betrachtete.

---

[91]) Commentarii ad Lib. X Codicis Justiniani, opp. omn. Bd. II, Sp. 556 D.

[92]) fr. 244 V. S. 50, 16.

Jetzt wäre noch eine Untersuchung vorzunehmen, die ich bis zum Schlusse dieses Paragraphen verschob: ob nämlich, und eventuell seit wann, unsere Mahnung schon vor der Justinian'schen Ausgleichungsgesetzgebung bei sämmtlichen Vermächtnissen einen Zinsenanspruch erzeugte?

v. Madai [93]) meint: daß diese Ausgleichung jedenfalls schon unter Caracalla vollendete Thatsache gewesen sei. Und ähnlich heißt es bei Liebe [94]):

„so läßt sich doch annehmen, daß schon zur Zeit der klassischen Juristen für das legatum per damnationem und sinendi modo relictum eine und dieselbe Klage, die actio ex testamento, statthaft war, bei welcher die Rücksicht auf Früchte und Zinsen lediglich durch die Conception auf quidquid dari fieri oportet, gerechtfertigt wird."

Mommsen [95]) drückt sich zweifelhaft aus.

Da Liebe diese Frage nicht für sich, sondern in Verbindung mit den Früchten erörtert hat; so werde ich weiter unten noch Gelegenheit finden, auf dessen Beweisführung näher einzugehen. Vgl. unten § 83.

Was dagegen v. Madai anbetrifft, so legt derselbe das Hauptgewicht auf eine Stelle aus Paul. Rec. Sent. III, 8, 4, die bereits oben ausgeschrieben wurde, und bemerkt in dieser Beziehung S. 364:

„Wenn nun aber zur Zeit des Gajus von Legaten, mit Ausnahme des erwähnten legatum sinendi modo, Verzugszinsen noch gar nicht gefordert werden konnten; hingegen schon Paulus in seinen sententiis receptis, die unter Caracalla's Regierung verfaßt sind, ganz allgemein lehrt, daß auch bei Legaten wie bei Fideicommissen usurae ex mora entrichtet würden, so muß in dieser kurzen Zwischenzeit ein bestimmter Wechsel der Ansichten eingetreten sein."

Allein diese Beweisführung will deshalb wenig bedeuten, weil uns die receptae sententiae des Paulus nicht vollständig überliefert sind. Das, worauf v. Madai sich beruft, ist nur ein Auszug aus dem wirklichen Paulus, wie er in der Westgothischen Lex Romana enthalten ist, wo ebenfalls auch die Institutionen des Gajus in sehr abgekürzter Gestalt erscheinen. In der betreffenden Stelle aus Paulus

---

[93]) a. a. O., S. 364, 365.

[94]) Stipulation, S. 65.

[95]) a. a. O., S. 240, Anm. 12.

könnte möglicherweise Vieles weggefallen sein, vielleicht auch nur die zwei Worte sinendi modo, die aber zur Widerlegung v. Madai's schon hinreichten. Auch sind mit der entsprechenden Stelle aus den Institutionen von Gajus II, 280 in dem Westgothischen Gajus II, 7 § 8 erhebliche Aenderungen vorgegangen; was einen Rückschluß auf das Verhältnis der wirklichen receptae sententiae zu den abgekürzten in dieser Beziehung zu gestatten scheint.

Weiter beruft sich v. Madai auf

fr. 24 pr. de usu et usufr. 33, 2, — Papinianus libro septimo responsorum.

Uxori fructu bonorum legato faenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex senatus consulto cautionem praestabitur. igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est. non idem servabitur nominibus ab herede factis: tunc enim sortes dumtaxat legatario dabuntur aut, quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur.

Allein wir wissen bereits: daß man sich in Rom beim Vermächtnis eines Nießbrauches gerne des legatum sinendi modo bediente [96]) — und so steht nichts im Wege, auch diese Stelle auf ein solches Legat zu beziehen.

Unter dieser Voraussetzung wäre die Entwicklung beim legatum sinendi modo folgende gewesen.

Julian machte zuerst den Vorschlag, das legatum sinendi modo in dieser Beziehung den Fideicommissen gleichzustellen. Diese Ansicht hatte schon mehr und mehr die Oberhand gewonnen, als Gajus sein zweites Buch der Institutionen schrieb [97]), was unter der Regierung der divi fratres oder in den ersten Jahren der Alleinregierung des Kaisers Marcus, also etwa zwischen 161—171 geschehen sein wird [98]). Als dann Papinian sein siebentes Buch Responsen schrieb, was zwischen 206 und 211 der Fall war [99]), konnte derselbe die Streitfrage bereits

---

[96]) fr. 14 de usu et usufr. leg. 33, 2; fr. 2 de ann. leg. 33, 1; fr. Vat. § 85; fr. 36 § 2 de usufr. 7, 1, und dazu oben § 65, S. 44.

[97]) Gajus II, 280.

[98]) Fitting, Alter, S. 21, 22.

[99]) Fitting a. a. O., S. 32.

als eine erledigte behandeln: quod propter moram usuras quoque reddi placuit. Denn wie Brissonius, de Verborum Significatione, unter dem Worte placere mit Recht bemerkt: „Placuit, id est, visum est juris auctoribus, responsum est, obtinuit, et pro re certa habitum est.“

Liebe[100]) macht gegen die Herbeiziehung des besagten fr. 24 pr. de usu et usufr. noch geltend: daß sie „von wirklich gezogenen Zinsen“ spreche. Im ersten Theil der Stelle ist hiervon allerdings die Rede, ob aber auch im letzten? Es heißt hier: daß der Erbe propter moram Zinsen zu entrichten habe. Und ich vermag nicht einzusehen, weshalb man hierunter keine Mahnungszinsen im gewöhnlichen Sinne des Wortes verstehen will. Angenommen indes, die Höhe der vom Erben zu erstattenden Zinsen richte sich in diesem Falle ausnahmsweise nach der Höhe der von ihm vereinnahmten, was ich indes nicht zugebe; so hätten wir es doch noch immer mit gesetzlichen Nachtheilen der Mahnung zu thun.

Während somit die von v. Madai beigebrachten Stellen nicht viel beweisen, fehlt es andererseits der Annahme nicht an bestimmten Anhaltspunkten, daß noch unter Caracalla die Mahnungszinsen nicht bei sämmtlichen Vermächtnissen vorkommen.

Zunächst kommt hier eine Constitution in Betracht, die Kaiser Caracalla noch als Mitregent erlassen hat, vom Jahre 199.

c. 1 de us. et fruct. 6, 47.

> Legatorum seu fideicommissorum usuras ex eo tempore, quo lis contestata est, exigi posse manifestum est.

Daß „seu fideicommissorum“ interpolirt sei: darauf wurde schon früher aufmerksam gemacht[101]). Für Fideicommisse diesen Satz aufzustellen, hätte kaum einen Sinn gehabt; da hier seit einem Rescripte Hadrian's[102]) bereits die Mahnung einen Zinsenanspruch erzeugte.

Streichen wir aber die Worte „seu fideicommissorum“, so gelangen wir mittelst argumentatio a contrario zu dem Satze: daß im Jahre 199 die Litiscontestation ausnahmslos bei Legaten einen

---

[100]) Stipulation, S. 64, Anm. 1.

[101]) Bd. I, S. 367.

[102]) Gaj. II, 280.

Zinsenanspruch erzeugte, nicht aber die Mahnung. Denn wenn auch die argumentatio a contrario vom Standpunkte des Justinian'schen Rechtes als unstatthaft erscheint; liegt sie doch bei der ursprünglichen Fassung dieser Constitution, wie ich sie vermuthe, zu nahe, als daß sie sich von der Hand weisen ließe.

v. Savigny[103]) meint freilich in Bezug auf diese und ähnliche Stellen:

„Die Stellen nun, welche bald die Mora, bald die L. C. als Anfangspunkt einer solchen Verpflichtung erwähnen, sind nicht so zu verstehen, als ob über diesen Gegensatz entweder Streit oder eine Verschiedenheit des älteren und neueren Rechts bestanden hätte; vielmehr war die Mora allgemeine Regel, und die L. C. trat oft nachhelfend ein, da wo im einzelnen Fall die Bedingungen der Mora fehlten (§ 264 g). Ganz besonders aber sollten beide Ausdrücke, ohne unter sich einen wahren Gegensatz zu bilden, vielmehr den gemeinsamen Gegensatz feststellen gegen die auch wohl denkbare Meinung, nach welcher Früchte und Zinsen von der Zeit des Todes an zu rechnen gewesen wären. Diese Meinung sollte durch alle jene Stellen vorzugsweise zurückgewiesen werden."

Bei diesem Ausspruche hat v. Savigny einentheils im Sinne gehabt: daß Verschuldung eine Voraussetzung der Mahnung sei, wie dies aus der Verweisung auf § 264 g seines Systems hervorgeht. Da aber dies eine irrthümliche Voraussetzung, ist auch insofern die hier in Frage stehende Behauptung v. Savigny's erledigt.

Andererseits beruft sich v. Savigny auf c. 4 C. eodem 6, 47, die freilich nur von Früchten spricht, andererseits aber sowohl auf das dingliche als persönliche Vermächtnis Bezug nimmt, und als Gegensatz ausdrücklich die Zeit des Todes nennt, „non ex die mortis". Allein es wurde schon früher darauf aufmerksam gemacht: daß diese Stelle unter den Händen der Compilatoren gewaltig gelitten haben muß. Denn der Zeitpunkt des Todes als Gegensatz zur Litiscontestation paßt nach Pandektenrecht nicht einmal allgemein für das dingliche Legat, sondern nur für das Präceptionslegat[104]).

Wichtiger noch als die eben besprochene Constitution ist c. 2 de us. et fruct. 6, 47 aus der Zeit der Alleinregierung Kaiser Cara=

---

[103]) System, Bd. VI, S. 155, 156.

[104]) Bd. I, S. 404, 405.

calla's vom Jahre 213; um so mehr, als sie durch Interpolationen nicht gelitten haben dürfte [105]).

In dieser Constitution ist nun zunächst von Schuldnern die Rede, welche sub obtentu legis Falcidiae legata morantur, also Schuldnern, die wegen eines Legates gemahnt wurden, die Mahnung aber nicht beachteten. In Bezug auf diese Schuldner heißt es dann am Schluß der Stelle:

> Et si constiterit legi Falcidiae locum non esse, et usuras et fructus post litem contestatam percipietis.

Also wenn die Zögerung unbegründet, die Mahnung also an sich wirksam gewesen wäre; sollen Zinsen gleichwohl erst von der Litiscontestation zuerkannt werden. Hier können wir doch sicherlich den Gedanken nicht abweisen, daß es zur Zeit Caracalla's noch Legate gegeben haben muß, wo die Mahnung keinen Zinsenanspruch erzeugte. Und da das legatum sinendi modo einem Zeugnisse Papinian's zufolge in dieser Beziehung schon unbestritten zum Gebiete der Mahnung gehörte, bleibt nur das Damnationslegat übrig.

Endlich sind noch zwei Stellen Ulpian's beachtenswerth, der vorzugsweise unter Caracalla als Schriftsteller auftrat [106]).

fr. 39 § 1 Leg. I, entnommen aus dem 21. Buche von Ulpian's Sabinuscommentar, kennen wir schon von früher, und bezogen es bereits früher auf ein Damnationslegat [107]). Ulpian handelt hier sowohl von den Wirkungen der Mahnung als der Litiscontestation; führt aber den Zinsenanspruch nur als eine Wirkung der Litiscontestation auf.

Die andere Stelle ist

> fr. 24 § 14 de fid. com. lib. 40, 5. — Ulpianus libro quinto fideicommissorum.
>
> Plane si forte minus relictum est alicui, verum crevit legatum ex aliqua causa, aequissimum erit tanti eum cogi redimere, quantum ad eum pervenit, nec causari debere, quod minus illi relictum sit, cum creverit ejus legatum per testamenti occasionem:

---

[105]) Bd. I, S. 404.

[106]) Th. Mommsen in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 1870 Bd. 9, S. 113.

[107]) Bd. I, S. 80 und 403.

nam et si ex mora fructus usuraeve fideicommisso accessissent, dicendum est libertatem praestandam.

Zunächst ist in dieser Stelle vom Größerwerden eines Legates „per testamenti occasionem“ die Rede; wobei man an Anwachsungsrecht und dgl. denken mag. Dann berücksichtigt Ulpian den etwaigen Zuwachs an Früchten oder Zinsen in Folge einer Mahnung; erwähnt dabei aber nur des Fideicommisses. Also muß er doch wohl ein Legat im Sinne gehabt haben, wo die Mahnung in dieser Beziehung keinen Anspruch erzeugte.

Somit dürfte nachgewiesen sein, daß die Mahnung noch zu Kaiser Caracalla's Zeiten beim Damnationslegat keinen Anspruch auf Zinsen hervorrief. Und ich wüßte wahrlich nicht anzugeben, was der Annahme entgegenstände: daß dieser Zustand bis zur Justinian'schen Ausgleichungsgesetzgebung fortgedauert hätte.

§ 78.

Zinsen. Römisches Recht. Entstehungsgeschichte.

Nachdem im vorigen Paragraphen das Gebiet der Mahnungszinsen festgestellt worden, will ich mich jetzt mit der Entstehung dieses Begriffes beschäftigen.

Zum Theil freilich ist die Entstehungsgeschichte schon im vorigen Paragraphen mit enthalten, weil wir bereits gesehen haben: daß sich das Gebiet der Mahnungszinsen nach und nach erweiterte. Und so kann ich denn zunächst zusammenstellen, was wir in dieser Beziehung bereits fanden.

Auf die Pollicitation wurden die Mahnungszinsen erst durch ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla (198—211) übertragen [1]). Mitunter freilich bestätigen die Kaiserlichen Rescripte nur das bereits feststehende Recht [2]). Daß aber im vorliegenden Falle durch das fragliche Rescript ein wirklich neuer Rechtssatz eingeführt wurde, ersehen wir daraus: daß Paulus, als er von seinen Decreten das erste Buch schrieb, diesen Rechtssatz noch nicht kannte [3]).

Für die Fideicommisse werden die Mahnungszinsen auf ein Re=

---

1) fr. 1 pr. de poll. 50, 12.

2) Rudorff, Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 140.

3) fr. 16 Us. 22, 1.

script des Kaisers Hadrian (117—138) zurückgeführt [4]). Und jedenfalls muß diese Rechtsbildung der Kaiserzeit angehören, da die Fideicommisse erst seit August klagbar wurden [5]).

Beim legatum sinendi modo unsere Mahnungszinsen zuzulassen: schlug zuerst Julian vor. Zur Zeit, als Gajus seine Institutionen schrieb (161—171), gewann diese Ansicht mehr und mehr die Oberhand [6]); und als Papinian sein siebentes Buch Responsen schrieb (206—211), konnte derselbe die Frage bereits als eine erledigte behandeln [7]).

Beim Damnationslegat erzeugte die Mahnung noch unter Caracalla (212—217) sicher keinen Anspruch auf Mahnungszinsen [8]); und nichts steht der Annahme entgegen: daß sich dieser Zustand bis zur Justinian'schen Ausgleichungsgesetzgebung erhalten hätte.

Das legatum sinendi modo bildet einen Anwendungsfall der condictio incerti [9]). Im allgemeinen gehörte die condictio incerti nicht zum Gebiete der Mahnungszinsen. Dies gilt namentlich von der Condictio auf Grund einer incerten Stipulation. Sofern sie indes sich an eine Obligation anlehnt, die diesen Zinsenanspruch zuläßt; ist auch die incerte Stipulation für fähig erachtet worden, diesen Anspruch mit zu umfassen. [10]).

Die Mahnungszinsen erscheinen demnach bei der incerten Stipulation nur als ein secundäres Rechtsgebilde. Sie finden ihren Ursprung weniger in der incerten Stipulation, als in der Obligation, an welche diese sich anlehnt. Und weil diese incerte Stipulation, um diesen Anspruch hervorzubringen, einer andern Obligation als Stütze bedarf, ist es klar: daß wir den Ursprung der Mahnungszinsen nicht bei der gestützten Stipulation, sondern bei denjenigen Obligationen suchen müssen, die sich zu solchen Stützen eigneten.

Da wir nun ferner wissen, daß die Mahnungszinsen beim lega-

---

[4]) Gaj. II, 280.

[5]) § 1 J. de fideicomm. her. 2, 23.

[6]) Gaj. II, 280.

[7]) fr. 24 pr. de usu et usufr. 33, 2.

[8]) c. 1, c. 2 de usur. et fruct. 6, 47; fr. 39 § 1 Leg. I; fr. 24 § 14 de fideicomm. lib. 40, 5.

[9]) Gaj. II, 213.

[10]) fr. 10 Rem. pup. 46, 6; fr. 122 § 5 V. O. 45, 1; fr. 54 pr. Loc. 19, 2; fr. 1 § 13 Ut leg. 36, 3; c. 5 C. de pactis inter emt. 4, 54.

tum sinendi modo lediglich eine Nachbildung der Mahnungszinsen beim Fideicommiß sind; kann der Ursprung der Mahnungszinsen nur auf dem Gebiete des Fideicommisses oder der gutgläubigen Obligation gesucht werden. Und da wir für die Mahnungszinsen beim Fideicommiß bereits zeitliche Anhaltspunkte gefunden haben, werden wir uns jetzt für die gutgläubige Obligation noch nach solchen umsehen müssen.

In dieser Beziehung kommt nun vor allen Dingen folgende merkwürdige Stelle in Betracht.

fr. 60 pr. Pro socio 17, 2. — Pomponius libro XIII ad Sabinum.

Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret [11]), reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra esse: item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas.

Labeo sagt: daß ein Gesellschafter, welcher eine auf Herausgabe dessen, was er für die Gesellschaft gewann, gerichtete Mahnung unbeachtet ließ, während er selbst dies Geld gebraucht hat, auch Zinsen entrichten müsse; aber nicht als Zinsen, sondern als Vermögensunterschied dafür, daß er die Mahnung nicht beachtete. Wenn er indes das Geld entweder nicht gebraucht hat, oder nicht gemahnt wurde, verhalte es sich anders. Ebenso sei nach dem Tode des Gesellschafters keine solche Schätzung in Folge einer Handlung des Erben zulässig, weil durch den Tod des Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst werde.

Was mag sich zunächst Labeo bei der Ausdrucksweise „quod socii intersit moram eum non adhibuisse“ gedacht haben?

Vom heutigen Standpunkte aus liegt folgende Auffassung am nächsten. Es ist darunter das Interesse zu verstehen, was der Mitgesellschafter daran hatte, daß die Mahnung beachtet wurde. Demgemäß hätte der gemahnte Gesellschafter das ersetzen müssen, was bei

---

[11]) Statt faceret schlägt Bynkershoek fecerat vor.

Beachtung der Mahnung der Mitgesellschafter mit dem fraglichen Gelde verdient hätte.

Dagegen erhebt sich indes folgendes Bedenken. Dann hätte ja Labeo bereits eine auf Geld gerichtete gutgläubige Obligation wie eine auf's Interesse angelegte Obligation behandelt; während wir doch bereits gesehen haben, daß diese Vorstellung dem Römischen Recht im allgemeinen fremd geblieben ist [12]). Man müßte also dann schon annehmen: daß Labeo einen Weg betreten hätte, der nachher wieder verlassen wäre; m. a. W.: daß Labeo in dieser Beziehung bereits weiter gekommen wäre, als spätere Römische Rechtgelehrte. Dies ist indes um so unwahrscheinlicher, als die hergebrachte Anschauung jedenfalls in der Mahnungszinse nichts anders als eine Benachtheiligung des Schuldners erblickte [13]).

Dazu kommt: daß bei dieser Annahme der Gedanke Labeo's nicht recht schlüssig erscheint. Labeo betont sehr nachdrücklich: daß der gemahnte Gesellschafter das Geld wirklich gebraucht haben müsse. Wenn Labeo aber schon so weit in seinen Vorstellungen vorgerückt war, daß er diesen Zinsenanspruch vom Interessestandpunkte des Gläubigers aus betrachtete (das Wort Interesse im modernen Sinne genommen); so begreift man kaum, weshalb er so viel Gewicht darauf legt, daß der gemahnte Schuldner das Geld wirklich gebraucht haben müsse.

Wir haben hier zu beherzigen: daß Interesse ein Begriff ist, welcher sich den Römischen Rechtsgelehrten unter saurer Arbeit nach und nach erst gestaltet hat; unter dem sie demzufolge zu verschiedenen Zeiten etwas Verschiedenes verstanden haben. Deshalb können wir auch, wo Labeo von einem quod intersit spricht, nicht ohne weiteres den heutigen Begriff von Interesse zu Grunde legen; wir müssen vielmehr aus dem Zusammenhange der Stelle zu ermitteln bemüht sein, was Labeo sich unter dem fraglichen Ausdruck wohl gedacht haben mag. Um so mehr, als sich aus einer andern Stelle gleichfalls ergibt [14]): daß der Sprachgebrauch von quod interest für das, was wir heutzutage Interesse nennen, zur Zeit des Labeo noch nicht festgestanden haben kann. Denn der hier von Labeo gebrauchte Ausdruck quod interest soll, wie sich aus dem Zusammenhange ergibt, nichts weiter als den Preisunterschied zwischen alten und

[12]) Bd. I, § 14, S. 139—141. Bd. II, § 64, S. 35.

[13]) Siehe unten § 79.

[14]) fr. 45 C. E. 18, 1.

neuen Kleidern bezeichnen; da Labeo zwischen Wissen und Nichtwissen des Verkäufers noch nicht unterschied.

Nun heißt, um zu unserer Stelle zurückzukehren, quod socii intersit an sich nichts anders als Vermögensunterschied des Gesellschafters. Zu einem solchen Vermögensunterschiede kann man aber auch noch auf andere Weise gelangen, als daß man gerade den modernen Interessebegriff zu Grunde legt. Labeo könnte vielleicht von folgenden Vorstellungen ausgegangen sein. Es war nicht erlaubt, daß der eine Gesellschafter das Geld, welches er der Gesellschaftscasse hätte zuführen müssen, für eigne Rechnung nutzte. Demnach ist es nicht mehr wie billig, daß von dem so gemachten Gewinne auch der Mitgesellschafter seinen Antheil empfange. Gesetzt also, der eine Gesellschafter A hatte 1000 in die Gesellschaftscasse abzuliefern; statt dessen nutzte er aber dies Geld und verdiente damit 50. Diese 50 hätte er nicht gehabt, wenn er wie ein ordentlicher Gesellschafter gehandelt hätte; er hat also 50 zu viel in seinem Vermögen. Dieser Vermögensunterschied muß so ausgeglichen werden, daß der Mitgesellschafter 25 davon aberhält. Der gemahnte Gesellschafter muß sich mithin gefallen lassen, daß der Gewinn der für seine Rechnung gemachten Geschäfte dem Mitgesellschafter mit zu gute kommt.

Daß dies aber wirklich die Vorstellungen Labeo's waren, darüber belehrt uns der Schlußsatz: item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas. Also den Erben läßt Labeo frei: weil der Gesellschaftsvertrag durch den Tod des Erblassers aufgehoben wurde; also keine Gesellschaft mehr da ist, für deren Rechnung mit dem betreffenden Gelde Geschäfte gemacht werden mußten. Nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, d. h. der Erbe kann das fragliche Geld so viel nutzen, als er Lust hat.

Die Ausnahme hinsichtlich des Erben bleibt völlig unerklärlich, wenn wir uns die vorliegende Stelle vom Standpunkte des modernen Interessebegriffes aus betrachten. Denn dann hätte der überlebende Gesellschafter auch dem Erben des Mitgesellschafters entgegenhalten können: ich würde so und so viel verdient haben, wenn du die Mahnung beachtet hättest. Dagegen durfte er ihm nicht vorhalten: ich würde so und so viel verdient haben, wenn du das Geschäft statt für eigne, für Rechnung der Gesellschaft gemacht hättest; denn seit dem Tode des einen Gesellschafters gab es überall keine Gesellschaft mehr.

Unsere Stelle hat den Auslegern viel zu schaffen gemacht. Allein

wenn man sich nur nicht verleiten läßt: bei dem an sich vieldeutigen Ausdruck quod intersit sofort den scharf ausgeprägten Begriff des modernen Rechts zu Grunde zu legen, und wenn man sich ferner nur einigermaßen in den Ideengang Labeo's hineinzufinden weiß — so wird man einräumen müssen: daß Labeo einen ganz gesunden öconomischen Gedanken ausgesprochen hat. Denn daß ein Gesellschafter den Gewinn, den er mit Geldern macht, die er in die Gesellschaftskasse hätte abliefern müssen, mit seinem Mitgesellschafter zu theilen habe: scheint nicht mehr, als in der Ordnung zu sein. Und gegen die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes wird man vom Standpunkte des heutigen Rechts um so weniger etwas einzuwenden haben; als sich nach dem A. D. H. G. ein Gesellschafter in viel weiterem Umfange sogar das gefallen lassen muß: daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft geschlossen angesehen werden [15]).

Wie kam denn aber Labeo dazu, diesem Gedanken folgende Fassung zu geben: der Gesellschafter müsse auch Zinsen entrichten, aber nicht als Zinsen, sondern als Vermögensunterschied?

„Usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse.“

Der Satz ist auch in die Basiliken XII, 1, 58 übergegangen. Er lautet hier:

καὶ ὁ κοινωνὸς δὲ περιὼν οὐχ ὡς τόκον, ἀλλ᾽ ὡς διαφέρον δίδωσιν.

Bereits die Scholiasten zu den Basiliken haben verschiedene Erklärungen. Ein Scholion lautet z. B. [16]):

Οἱ γὰρ τόκοι τάξιν ἐπέχουσι καρπῶν· καρπὸς δὲ καρπῶν οὐκ ἀπαιτεῖται.

Dieser Satz gehört indes kaum hierher. Denn der von dem einen Gesellschafter für die Gesellschaft gemachte Gewinn kommt hier gar nicht als solcher, sondern als Gesellschaftscapital in Betracht [17]). Und was hätte Labeo durch Vertauschung der Ausdrücke schlimmsten Falles erreicht? Er wäre dem Satze entgangen: daß vom Interesse keine Zinsen begehrt werden dürfen — um dafür dem andern Satze

[15]) Vgl. z. B. A. D. H. G., Art. 97.

[16]) Heimbach, Bd. I, S. 764.

[17]) Vgl. fr. 10 § 3 a. E. Mand. 17, 1; fr. 7 § 12, fr. 58 § 1, § 4, de adm. et per. 26, 7.

in die Hände zu fallen: daß Interesse vom Interesse gefordert werden könne. Das eine ist indes, wenigstens nach dem späteren Recht, ebenso unzulässig, wie das andere [18]).

Ein anderes Scholion von Stephanus lautet [19]):

ὥστε καὶ ὑπὲρ τὸν νόμιμον ἀπαιτεῖται τόκον. οὕτω Δωρόθεος καὶ Θαλελαῖος οἱ μακαρῖται.

Und ganz dieselbe Erklärung hat, was kaum auf einem Zufalle beruhen dürfte, die Glosse zu unserer Stelle:

Non quasi usuras. Id est, non servato usurarum modo: cum forsan hic plus sit quam usurarum modus pateretur.

Darnach hätte denn Labeo die Zinsen als Zinsen deshalb verworfen, weil er in diesem Falle dem Mitgesellschafter einen den gewöhnlichen Zinsfuß übersteigenden Zinsenanspruch habe einräumen wollen. Allein auf diese Weise bleibt, um nur eins geltend zu machen, völlig unerklärt: weshalb Labeo gleich mit den Zinsen einsetzte. Hätte er dann nicht viel einfacher so sagen können: etiam quod socii intersit, moram eum non adhibuisse, praestare debere, et quidem ultra legitimum modum usurarum?

Noodt [20]) versucht folgende Erklärung:

„introduxit autem eas et hic non palam quasi usuras, sed sub imagine ejus quod interest".

Damit hat Noodt sagen wollen: zur Zeit des Labeo und Pomponius hätte es im allgemeinen noch keine Mahnungszinsen gegeben; Labeo hätte sie zuerst beim Gesellschaftsvertrage eingeführt, und hier auch nur unter dem Deckmantel des Interessebegriffes.

Allein es wäre doch immer eine eigenthümliche Einführung, welche folgenden Inhalt hätte: ich stelle Ihnen hier die Dame usura vor; sie heißt aber nicht usura, sondern quod intersit.

Mir scheint folgende Erklärung viel näher zu liegen.

Auf der einen Seite haben wir einen Gesellschafter, der Gesellschaftsgelder für eigne Rechnung nutzt; auf der andern Seite einen Gesellschafter, der vergeblich mahnt, daß diese genutzten Gelder in die Gesellschaftskasse abgeliefert werden. Nun sagt Labeo: der mahnende

---

18) fr. 2 § 5 de adm. rer. 50, 8.

19) Heimbach, Bd. I, S. 763.

20) de Foenore et Usuris, Lib. III, cap. 6, opera omnia Tom. I, pag. 244.

Gesellschafter habe auch Anspruch auf die Zinsen, aber nicht als Zinsen, sondern als Vermögensunterschied. Wie haben wir uns demnach die Nutzung des Gesellschaftscapitals zu denken? Wir können folgenden Gedanken kaum von der Hand weisen: der gemahnte Gesellschafter hat das Gesellschaftscapital in der Weise genutzt, daß er es für eigne Rechnung zinstragend auslieh. Auf solche Art habe er 50 Zinsen eingenommen. Hiervon muß er, meint Labeo, dem Mitgesellschafter 25 abgeben. Denn die Zinsen kommen für diesen nicht als solche, sondern als Vermögensunterschied in Betracht. Das heißt m. a. W.: der Gesellschafter, welcher das Geld für seine Rechnung auslieh, hat die 50 Zinsen nicht als solche herauszugeben, wie dies bei einem für Rechnung der Gesellschaft abgeschlossenen Darlehen der Fall gewesen wäre, in welchem Falle die 50 auch als Zinsen hätten gebucht werden müssen; vielmehr geht die actio pro socio nur darauf, daß der andere Gesellschafter die 25 erhält, welche ihm aus der Gesellschaftskasse zugeflossen wären, wenn das Geschäft nicht für eigne Rechnung des einen Gesellschafters, sondern für die Gesellschaft abgeschlossen worden.

Nach dem A. D. H. G. B. muß sich, wie bereits angegeben, ein Gesellschafter in einem gewissen Umfange gefallen lassen: daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft geschlossen angesehen werden [21]). Soweit geht Labeo nicht; wohl aber gibt er zur Ausgleichung eine Klage auf den Vermögensunterschied.

Gegen die hier versuchte Erklärung möchte man vielleicht folgenden Einwand erheben wollen.

Labeo spreche von einem Schuldner, welcher „ea pecunia ipse usus sit“; bei welchen Worten es weit näher liege, an jemand zu denken, der das Geld in anderweitiger Weise benutze, als daß er es gerade ausleihe.

Nun wird allerdings namentlich die Ausdrucksweise „in oder ad usus suos oder proprios pecuniam convertere“ mitunter im Gegensatz zum Geldausleihen gebraucht [22]). Allein an sich heißt es doch nur „zu seinem eignen Nutzen verwenden“; und ebenso heißt pecunia uti „das Geld nutzen“. Darunter fällt aber offenbar auch der Fall, wenn jemand Geld für eigne Rechnung ausleiht. Und so gut, wie z. B.

---

21) Art. 97.

22) Vgl. z. B. fr. 10 § 3 Mand. 17, 1.

in c. 3 C. arbitrium tutelae 5, 51, die „in usus suos pecuniae conversae" auf einen Fall gehen, wo jemand mit fremdem Gelde ein Grundstück erworben hat; so gut muß es doch ein pecunias in usus suos convertere sein, wenn jemand mit fremdem Gelde eine Darlehensforderung erwirbt. So fehlt es denn auch nicht an Stellen, wo der Zusammenhang mit Nothwendigkeit ergibt, daß der betreffende Ausdruck auch das Geldausleihen für eigne Rechnung mitumfasse [23]).

In unserer Stelle wird man aber schon deshalb an wirklich eingenommene Zinsen zu denken haben; weil uns Labeo und Pomponius sonst vollständig im dunkeln darüber gelassen hätten: welcher Zinsfuß zu Grunde zu legen sei.

Ich kehre jetzt wieder zu Noodt zurück. Denn wenn ich auch dessen eben vorgeführten Erklärung nicht zustimmen konnte, so ist doch Noodt bereits einem ganz richtigen Gedanken auf der Spur gewesen. Freilich versteckt sich dieser richtige Gedanke noch hinter andern Verkehrtheiten, als einer unhaltbaren Auffassung des Wortes usura, die jetzt gleichfalls entfernt werden müssen.

Noodt meint: zur Zeit des Labeo und Pomponius hätte es im allgemeinen noch keine Mahnungszinsen gegeben. Er beruft sich hierfür außer auf unsere Stelle, auf

> fr. 121 V. S. 50, 16. — Pomponius libro sexto ad Quintum Mucium.
>
> Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.

Allerdings wird in dieser Stelle lediglich die Obligation, und noch nicht das officium judicis als ein Entstehungsgrund der usura angeführt. Wir wissen aber andererseits doch mit Bestimmtheit, daß es schon Mahnungszinsen gab, als Pomponius diese Stelle niederschrieb.

Die Stelle ist nämlich aus einem Werke des Pomponius, welches derselbe unter Antoninus Pius (138 – 161) [24]) verfaßte. Dagegen wurden schon durch ein Rescript Hadrian's (117—138) beim Fideicommiß Mahnungszinsen eingeführt [25]). Ferner nennt es African in

---

[23]) fr. 25 § 1 Depositi 16, 3; c. 3 C. eodem 4, 34; c. 7 C. de furtis 6, 2; c. 1 C. qui potiores in pign. 8, 18.

[24]) Fitting, Alter, S. 11.

[25]) Gaj. II, 280.

dem dritten Buche seiner Quästionen [26]), geschrieben am Ende der Regierung Hadrian's oder zu Anfang der Regierung von Pius [27]), einen feststehenden Satz, „certum est": daß die Mahnung bei der Verbindlichkeit des Vormundes wie der Stipulation „rem pupilli salvam fore" des Fidejussor einen Zinsenanspruch erzeuge.

Glaubt man demnach daran festhalten zu müssen, daß fr. 121 V. S. den Begriff usura genau bestimmen sollte; so wird man annehmen müssen: daß diese Begriffsbestimmung, so wie sie dasteht, aus dem Werke des Quintus Mucius in das des Pomponius überging. Unter dieser Voraussetzung würde die Stelle aber nicht bloß beweisen, daß Quintus Mucius noch keine Mahnungszinsen, sondern daß er überhaupt nur Vertragszinsen kannte.

Eine ganz wunderliche Erklärung der betreffenden Stelle findet sich bei Janke [28]). Darnach hätte sie den Inhalt:

„daß die Zinsen von Geldsummen, welche wir und zwar als Zins, Miethe dergl. einziehen, das heißt also die Zinsen von Zinsgeldern, der Zinseszins, nicht im Fruchtbegriff enthalten sind, nämlich deshalb, weil sie aus einem andern Rechtsgrunde, durch eine neue, besondere Verbindlichkeit entstanden sind."

Dieser tiefe Sinn soll im Worte „percipimus" stecken. Allein „usuram percipere" heißt einfach „Zinsen einnehmen". Und so wenig wie der betreffende Deutsche, duldet der Lateinische Ausdruck solche Beschränkungen, wie Janke hier macht. Dazu kommt: daß der in der Stelle enthaltene negative Grund „quia non ex ipso corpore" sich mit den Janke'schen Einschränkungen doch schlechterdings nicht in Einklang bringen läßt. Gegen Janke hat sich auch Göppert [29]) erklärt.

Man pflegt heutzutage zwei Arten von Zinsen, Vertragszinsen und gesetzliche, zu unterscheiden. Unter den letztern versteht man solche, die unmittelbar auf einer Rechtsvorschrift beruhen. Man sollte sie daher lieber Rechtszinsen nennen: denn das Gesetz ist nur eine, nicht die alleinige Rechtsquelle.

Diese Rechtszinse wird Quintus Mucius Scävola († 83 vor Christi Geburt) noch nicht gekannt haben. Und daß die Rechtszinse

---

[26]) fr. 10 Rem pupilli 46, 6.

[27]) Fitting, a. a. O. S. 15.

[28]) Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers, Erlangen 1862, S. 9.

[29]) Ueber die organischen Erzeugnisse, S. 37.

das jüngere Rechtsgebilde, ist nicht bloß an sich sehr wahrscheinlich; darauf weist auch die Art und Weise hin, wie die Römer sich den Namen usura zu erklären suchten. Sie meinen, usura hätte man es deshalb genannt, weil es die Gegenleistung für das gestattete uti eines Capitales habe sein sollen. So heißt es z. B. bei Varro de lingua Latina VI, 36:

quae cum accederet ad sortem, ex usu usura dicta,

und noch bestimmter bei Isidorus, Origines Lib 5, cap. 25:

usura est incrementum foenoris, ab usu aeris crediti nuncupata.

Dagegen gab es, wie wir soeben gesehen haben, jedenfalls schon bei verschiedenen Verbindlichkeiten Rechtszinsen, als Pomponius seine lectiones zum Quintus Mucius schrieb; und wahrscheinlich auch schon, als er seinen Sabinuscommentar verfaßte, aus dem unser fr. 60 pr. entnommen. Denn wenn auch der Sabinuscommentar unter Hadrian fällt, und noch vor Julian's Digesten geschrieben wurde[30]); so scheint doch der Ausdruck „certum est“ in fr. 10 Rem pupilli 46, 6 darauf zu deuten, daß die Rechtsbildung, mit der wir es hier zu thun haben, keine ganz junge mehr war.

Mehr für sich dürfte folgender Ausspruch Noodt's[31]) haben;

„adeo nusquam apud Ciceronem, neque apud alium auctorem, qui libera floruit republica, ullum vestigium usurae officio Judicis praestandae sine stipulatione.“

Denn wenn ich auch Cicero und die sonstigen Schriftsteller der Römischen Republik nicht durchgelesen habe; so dürfte doch aus unserm fr. 60 pr. hervorgehen, daß selbst Labeo den Ausdruck usura als Rechtszinse noch nicht kannte. Während nämlich Labeo der Sache nach allerdings schon auf einen Anwendungsfall der Rechtszinse stieß; fehlt ihm doch noch das Wort: er bedient sich statt dessen des Ausdruckes quod intersit.

Mindestens wird man zugeben müssen: daß der Ausdruck usura, namentlich ohne allen Beisatz, zu Labeo's Zeit für das, was wir heutzutage Rechtszinse nennen, jedenfalls noch ein sehr ungewöhnlicher Sprachgebrauch gewesen sei. Wahrscheinlicher ist mir freilich: daß es

---

[30]) Fitting, Alter, S. 9.

[31]) a. a. O., pag. 241.

einen solchen Sprachgebrauch zu Labeo's Zeit noch gar nicht gab. Denn Labeo spricht dem Anspruche, welchen er im Sinne hat, ausdrücklich die Zinseneigenschaft ab: non quasi usuras.

Müssen wir aber annehmen, daß Labeo das Wort Rechtszinse noch fehlte; so gewinnt die von mir versuchte Erklärung unserer Stelle einen neuen Halt. Die usurae, auf welche der eine Gesellschafter quasi usuras keinen Anspruch hat, können nur Zinsen sein, die sich der andere Gesellschafter vertragsweise hatte stipuliren lassen. Usura hatte zu Labeo's Zeit lediglich die Bedeutung Vertragszinse.

Und wenn andererseits bereits Labeo, wenigstens der Sache nach, auf den Begriff Rechtszinse stieß; klingt es kaum glaublich, wozu uns aber die Ansicht Noodt's nöthigt: daß auf diesem Gebiete bis auf Pomponius herab, also über ein Jahrhundert, die Rechtsentwicklung solle stillgestanden haben.

Noodt meint ferner: Labeo habe die Mahnungszinsen, die es damals im allgemeinen freilich noch nicht gegeben, beim Gesellschaftsvertrage bereits eingeführt. Er sagt in dieser Beziehung a. a. O. pag. 243:

> „usuras libera republica in bonae fidei judiciis ex mora sola non fuisse debitas. ea mutata, primum Labeonem aliquid esse molitum, maxime in societate, atque in ipsa sub colore ejus quod interest."

Allein zu dieser Ansicht ist Noodt nur dadurch gelangt: daß er in unserer Stelle aut hinter „moram adhibuit" einschiebt [32]) — eine Textänderung, die freilich schon Cujacius [33]) vorschlägt, die sich aber in keiner Weise rechtfertigen läßt [34]).

Der Mahnungszinse stand Labeo noch ziemlich ferne. Und wenn er auch die Rechtszinse der Sache nach bereits kennt; so tritt dieselbe doch noch ziemlich schüchtern bei ihm auf. Von folgenden drei Voraussetzungen macht er den Anspruch auf die Rechtszinse abhängig:

1) der Schuldner muß das fremde Geld wirklich gebraucht haben;
2) der Schuldner muß gemahnt sein; und
3) der Schuldner mußte verpflichtet sein, das Geld nutzbringend für den Gläubiger zu verwenden.

---

[32]) a. a. O. Lib. I, cap. 5, opp. omnia Tom. I, pag. 184.

[33]) Observationes Lib. 13, cap. 15, opera omnia Tom. III, Sp. 344 A.

[34]) Vgl. Glück, Pandekten, Bd. 15, S. 442 fgg. v. Madai, a. a. O., S. 356 fgg.

Fehlt eine von diesen Voraussetzungen, so entsteht der fragliche Anspruch nicht. Es genügt also der Umstand nicht, daß z. B. der betreffende Gesellschafter nur gemahnt wurde, oder nur das Geld nutzte. Und ferner kann beim Erben sowohl Nutzung des Geldes als Nichtbeachtung einer Mahnung zusammentreffen, ohne daß er zur Erstattung von Zinsen verpflichtet wäre. Denn dem Erben lag es ja nicht mehr ob: das Geld für eine Gesellschaft nutzbringend zu verwenden, die durch den Tod des Erblassers aufgelöst war.

In späterer Zeit war eine von diesen drei Voraussetzungen, die wir bei Labeo antreffen, schon allein hinreichend, um einen Zinsenanspruch hervorzurufen. So mußte Zinsen zahlen, wer fremde Gelder in seinen eignen Nutzen verwandte [35]); oder wer gemahnt wurde [36]); oder wer es unterließ, fremde Gelder, so wie er dazu verpflichtet war, nutzbringend zu verwenden [37]).

So erscheint denn die Rechtszinse bei Labeo noch in einem ziemlich unentwickelten Zustande; und wenn man dazu nimmt, daß ihm für diesen Begriff sogar noch das spätere Wort fehlt; so kann man die Vermuthung kaum von der Hand weisen: daß Labeo der erste war, welcher diesem Begriffe Gestalt gab.

Und eine solche Erfindung wäre einem Labeo wohl zuzutrauen. Denn Labeo war ein genialer Denker von vielseitiger Bildung, der überhaupt im Vertrauen auf seine Gelehrsamkeit vielfache Neuerungen unternahm: „Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit“ [38]).

Sei dem indes, wie ihm wolle, jedenfalls hat Labeo die reine Mahnungszinse beim Gesellschaftsvertrage noch nicht gekannt. Denn für ihn ist ja die bloße Mahnung hier noch nicht genügend, um einen Zinsenanspruch zu erzeugen. Und am allerwenigsten war für ihn der

---

[35]) fr. 1 § 1 Us. 22, 1 (Pap.); fr. 10 § 3 Mand. 17, 1 (Ulp., Pap.); fr. 6 § 1 de pign. act. 13, 7 (Pomp.); fr. 7 § 4, § 10, § 12 de adm. tut. 26, 7 (Ulp.); fr. 3 § 3 de contr. tut. 27, 4 (Ulp.).

[36]) Siehe die Stellen oben § 77 i. A. S. 170 fgg.

[37]) fr. 13 § 1 Us. 22, 1 (Scaev.); fr. 18 § 4 N. G. 3, 5 (Paul.); fr. 30 § 3 eodem (Pap.); fr. 36 § 1 eodem (Paul.); fr. 7 § 3, § 7, § 10 de adm. tut. 26, 7 (Ulp.); fr. 58 § 3 eodem (Scaev.).

[38]) fr. 2 § 47 O. J. 1, 2.

Satz Marcian's schon vorhanden [39]): in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur.

Und selbst wenn man annehmen wollte, daß vor Labeo schon ein anderer auf den Begriff Rechtszinse gestoßen wäre, beweist unsere Stelle doch immerhin soviel: daß dieser andere nicht lange vor Labeo gelebt haben könnte. Denn ein Rechtsbegriff, für den sich noch nicht einmal ein Wort angefunden hat, ist noch kein alter Rechtsbegriff. Unsere Stelle lehrt uns aber: daß den Römern das Wort usura, jedenfalls so ohne allen Zusatz, als Rechtszinse zu Labeo's Zeit noch fehlte.

Daß übrigens auch unsere Stelle unter den Drangsalen der Stellenvereinigung zu leiden gehabt hat: kann bei der Entwicklung, welche die nachrömische Wissenschaft nun einmal genommen hat, nicht weiter befremden. Freilich scheint fr. 67 § 1 pro socio, welche vom Ausleihen gemeinschaftlichen Geldes auf den Namen eines Gesellschafters handelt, mit unserer Stelle ziemlich in Einklang zu stehen. Allein gerade die hier von Paulus getroffene Entscheidung hat Anstoß erregt [40]). Im allgemeinen ist man mehr geneigt gewesen, und das mit Recht, sich an dem von Papinian in fr. 1 § 1 Us. 22, 1 aufgestellten Satz zu halten:

> Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit vel in suos usus converterit, omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae.

Darnach sagt also Papinian: der Umstand, daß ein Gesellschafter gemeinschaftliches Geld in eignen Nutzen verwendet, worunter im Sinne Papinian's sicherlich auch der Fall fällt, wenn der Gesellschafter dasselbe auf eignen Namen zinstragend ausleiht, genügt schon, um einen Zinsenanspruch entstehen zu lassen. Wie war aber mit solchem Satze unsere Stelle in Einklang zu bringen?

Wie das Streben nach Stellenvereinigung überhaupt nur ungesunde Rechtsbildungen hervorgerufen hat, so ist es auch hier gegangen. So will z. B. Glück [41]) fr. 1 § 1 Us. auf den Fall beschränken, wenn bereits gemeinschaftlich gewordene, d. h. im Sinne Glück's zur gemeinschaftlichen Kasse eingelieferte, Gelder von einem Gesellschafter in seinen Nutzen verwandt wurden. Allein dieser Be-

[39]) fr. 32 § 2 Us. 22, 1.

[40]) Siehe Glück, Pandekten, Bd. 15, S. 442—445.

[41]) Pandekten, Bd. 15, S. 442.

schränkung fehlt es nicht nur an jeder innern Berechtigung; sie läßt sich auch den Worten Papinian's durchaus nicht anpassen. Denn Papinian hat folgende zwei Sätze aufgestellt. Wenn ein Gesellschafter sich an der gemeinschaftlichen Kasse vergreift, so ist dieser Umstand an und für sich schon genügend, um eine Zinsverbindlichkeit entstehen zu lassen. Außerdem wird ein Zinsenanspruch begründet, wenn ein Gesellschafter gemeinschaftliche Gelder in eignen Nutzen verwandte. Hier wird man bei den gemeinschaftlichen Geldern kaum an solche zu denken haben, die bereits zur gemeinschaftlichen Kasse abgeführt waren; denn in solchem Falle genügte ja schon das bloße Vergreifen an der Kasse. Es liegt hier viel näher, an solche Gelder zu denken, die der Gesellschafter für Rechnung der Gesellschaft einnahm, aber nicht an die gemeinschaftliche Kasse ablieferte, sondern in eignen Nutzen verwandte, z. B. auf seinen Namen zinstragend auslieh.

Unsere Stelle läßt sich mit fr. 1 § 1 Us. so wenig in Einklang bringen, wie mit andern, die den Satz enthalten: daß die Verwendung fremder Gelder in eignen Nutzen allein schon hinreiche, um einen Zinsenanspruch hervorzurufen. Und überhaupt widerstreitet sie allen den Stellen, welche statt der in unserer Stelle aufgestellten drei Voraussetzungen in dieser Hinsicht schon eine einzige für genügend halten. Was insonderheit unsere Mahnungszinse anlangt, so ist in dieser Beziehung namentlich ein Ausspruch Ulpian's in fr. 10 § 3 Mand. 17, 1 zu beachten:

> Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet.

Denn welchen vernünftigen Grund könnte es wohl haben, einen Gesellschafter in Bezug auf Einlieferung von Gesellschaftsgeldern in die Gesellschaftskasse anders zu behandeln, als hier Ulpian den Procurator behandelt?

Mommsen [42]) will denn auch mit Recht von einer Ausnahme auf Grund von fr. 60 pr. pro socio nichts wissen. Den Inhalt dieser Stelle hat er auch im Text ganz richtig angegeben. In der Anmerkung 7 a. a. O. hat er sich indes wieder besonnen, und bringt eine Erklärung, „derzufolge es in dem zur Frage stehenden Fall allein auf die Mora ankommt". Dabei stößt Mommsen dann freilich sofort das Bedenken auf: „daß die Ausdrucksweise der L. 60 pr. D. pro socio ungenau ist". Das heißt m. a. W.: Mommsen hat in der Anmerkung etwas aus unserer Stelle herausgelesen, was nicht drin steht.

[42]) a. a. O., S. 238, 239.

Unsere Stelle ist in rechtsgeschichtlicher Beziehung von großem Interesse, und wir können den Compilatoren nicht dankbar genug sein, daß sie uns dieselbe überliefert haben. Daraus folgt nur nicht: daß wir uns mit Stellenvereinigung abzumühen, und den Gedankengang Labeo's wo möglich zu verunstalten hätten. Wir haben es hier einfach, wie so häufig, mit einer älteren Rechtsbildung zu thun, die von der späteren Rechtsentwicklung weit überholt worden ist. Und auf Grund dieser spätern Entwicklung haben wir für das heutige Recht, ganz im Gegensatz zu Labeo, folgende Sätze aufzustellen.

Ein Gesellschafter, welcher Gesellschaftsgelder herauszugeben hat, muß jedenfalls von der Mahnung an Zinsen leisten. Was vom Gesellschafter selber, gilt auch von dessen Erben[43]). Und wie die Nichtbeachtung einer Mahnung, so ist auch der Umstand, daß diese Gesellschaftsgelder, sei es nun vom Gesellschafter oder dessen Erben in eigenen Nutzen verwendet wurden, allein schon hinreichend, um einen Zinsenanspruch entstehen zu lassen.

Auffallen kann nur, daß Pomponius die Ansicht Labeo's ohne weiteres billigt. Denn wenn auch von Pomponius keine Stellen vorhanden sind, worin derselbe die reine Mahnungszinse bei gutgläubigen Obligationen anwendet; so ist ihm doch anderwärts die Verwendung fremden Geldes in eignen Nutzen allein schon hinreichend, um einen Zinsenanspruch hervorzurufen[44]). Hält man dann damit die Entscheidung des Paulus in fr. 67 § 1 pro socio zusammen, so wird man sich der Annahme kaum verschließen können: daß sich der Gesellschaftsvertrag in der hier fraglichen Beziehung bei den Römern langsamer entwickelt habe, als andere gutgläubige Verträge.

Wie Papinian über die reine Mahnungszinse beim Gesellschaftsvertrag gedacht habe: darüber läßt uns fr. 1 § 1 Us. in Zweifel[45]). Denn dem Satze „omnimodo etiam mora non interveniente praestabuntur usurae" kann nicht bloß die Vorstellung zu Grunde liegen: daß die Mahnung hier jedenfalls hinreiche, um einen Zinsenanspruch hervorzurufen; Papinian hätte auch sehr wohl der Ansicht sein können: daß zwar pecuniam communem invadere und in suos usus convertere, nicht aber die Mahnung hierzu genüge.

Ich nehme jetzt den Faden da wieder auf, wo ich vor Erörterung von fr. 60 pr. pro socio 17, 2 stehen geblieben war. Jetzt haben

---

[43]) So auch Mommsen, a. a. O., S. 239, Anm. 7 a. E.

[44]) fr. 6 § 1 de pign. act. 13, 7.

[45]) Vgl. oben S. 171 Text bei Anm. 18.

wir auch für die Mahnungszinse auf dem Gebiete der gutgläubigen Obligation in zeitlicher Beziehung einen Anhaltspunkt gefunden. Höchst wahrscheinlich war es Labeo, der zuerst, wenigstens der Sache nach, auf den Begriff Rechtszinse stieß. Die Wiege der Rechtszinse war die gutgläubige Obligation. Die reine Mahnungszinse auf dem Gebiete der gutgläubigen Obligation scheint indes Labeo, auch nicht einmal der Sache nach, schon gekannt zu haben.

Die Mahnungszinse beim Fideicommiß führt Gajus II, 280 auf ein Rescript des Kaisers Hadrian zurück. Der Mahnungszinse auf dem Gebiete der gutgläubigen Obligationen begegnen wir zuerst bei der Verpflichtung des Vormundes in dem dritten Buche von African's Quästionen [46]). Allein da African bereits von einem sichern Rechtssatze spricht, „certum est"; haben wir doch wohl davon auszugehen: daß auf demselben Gebiete, wo die Rechtszinse überhaupt, nämlich dem der gutgläubigen Obligation, auch die Mahnungszinse ihren Ursprung fand.

Unter dieser Voraussetzung würden wir ferner anzunehmen haben: daß, wenigstens in einem einzelnen Falle, die Mahnungszinse auch bei der incerten Stipulation schon Verwendung fand, bevor sie auf das Fideicommiß übertragen wurde. Denn das „certum est" in der African'schen Stelle bezieht sich vor allen Dingen auf die Stipulation „rem pupilli salvem fore"; und erst mittelst Bezugnahme auf den Satz „quod enim in tutelae judicium venit, hoc et ea stipulatione continetur" [47]) gelangt man rückwärts wieder zu dem Schluß: was bei dieser Stipulation hinsichtlich der Mahnungszinsen Rechtens gewesen, auch bei dem gutgläubigen judicium tutelae gegolten haben müsse.

Auf eben dem Gebiete, auf welchem sich das African'sche „certum est" bewegt, nämlich der Verpflichtung des Vormundes, scheint auch der Name Rechtszinse entstanden zu sein. Wir stoßen nämlich hier auf eine usura mit dem Zusatze pupillaris [48]), die in einer Constitution des Kaisers Caracalla [49]) auf ein „olim placuit" zurückgeführt, also für ein altes Gebilde Römischer Rechtsgelehrter [50]) ausgegeben wird.

---

[46]) fr. 10 Rem pupilli 46, 6 in Verbindung mit fr. 9 eodem.

[47]) fr. 9 Rem pupilli 46, 6.

[48]) fr. 7 § 7, § 9, § 10; fr. 58 § 4 de adm. tut. 26, 7; Titelüberschrift C. de usuris pupillaribus 5, 56.

[49]) c. 1 de us. pup. 5, 56.

[50]) Vgl. Brissonius de Verb. Sign. bei dem Worte placere und oben S. 187.

Der Satz, wie ihn nach Papinian in fr. 24 Dep. 16, 3 kaiserliche Constitutionen hingestellt hatten:

> et est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet ut tandundem possit officium arbitri quantum stipulatio.

kann demnach unmöglich von Haus aus in dieser Allgemeinheit gegolten haben. Denn wollte man dies annehmen, so würde einentheils völlig unerklärt bleiben: welches Bedürfnis obwaltete, die Rechtszinse des Vormundes mit einem besondern Zusatze zu versehen; andererseits bliebe auch für das „olim placuit" kein Raum mehr übrig. Nimmt man hingegen an, daß der Name Rechtszinse sich zuerst bei der Verpflichtung des Vormundes einstellte; so hatte der Zusatz pupillaris den sehr guten Sinn: die Eigenart dieser Zinse der Vertragszinse gegenüber hervorzuheben, für welche letztere der Name „usura" bisher allein gebräuchlich gewesen war. Und daß die Verpflichtung des Vormundes in der hier fraglichen Beziehung unter den gutgläubigen Obligationen vorzugsweise das fortschreitende Element bildete, wenngleich der Sache nach die Rechtszinse beim Gesellschaftsvertrag schon früher vorhanden gewesen sein mag; daß es gleichsam die Obligation war, welche die andern in's Schlepptau nahm: dafür spricht auch die Ausdrucksweise Ulpian's in fr. 34 Us. 22, 1 „et in tutelae actione et in ceteris judiciis bonae fidei servatur".

Die Verpflichtung des Vormundes war demnach die erste gutgläubige Obligation, wo die Rechtszinse ergiebigen Boden fand, weil sich hier zuerst das Bedürfnis geltend machte, sie besonders zu benennen. Und wie diese Zinse, so versah man auch das Capital mit dem Zusatz pupillaris[51]).

Ist es nun ferner richtig: daß wir die Entstehung der Rechtszinse jedenfalls nicht viel vor Labeo setzen dürfen, so kann auch die usura pupillaris nicht früher enstanden sein. Hiermit steht auch keineswegs in Widerspruch, was wir sonst von derselben wissen.

Denn die Verpflichtung des Vormundes zur etwaigen Verzinsung von Mündelgeldern ist durchaus keine uralte. Nach altem Civilrecht war der Vormund überall nicht zur Nutzbarmachung der Mündelgelder verpflichtet[52]). Erst das Prätorische Edict machte es den Vor-

---

[51]) fr. 73 de proc. 3, 3; fr. 9 pr., fr. 12 § 4, fr. 49 de adm. tut. 26, 7; fr. 15 § 12 de re jud. 42, 1.

[52]) Rudorff, das Recht der Vormundschaft, Bd. II, S. 362 fgg.; derselbe, Edict, S. 130, 131.

mündern zur Pflicht, Mündelgelder zu deponiren, ut praedia pupillis comparentur [53]). Die Mitvormünder hatten darauf zu achten: daß diese Vorschrift des Prätors beobachtet wurde [54]). Den nachlässigen Vormund hielt der Prätor durch Zwangsmaßregel zur Erfüllung seiner Obliegenheiten an [55]). Weitere Vermögensnachtheile scheint das Prätorische Edict für den nachlässigen Vormund gar nicht in Aussicht gestellt zu haben. Daß ein in dieser Beziehung säumiger Vormund das Mündelgeld verzinsen müsse, wird erst ein Satz gewesen sein, der sich allmählich in der Praxis festsetzte, wie nicht bloß das „placuit“ in c. 1 de us. pup. 5, 56, sondern auch die zuletzt angeführte Stelle von Ulpian anzudeuten scheint:

> Si post depositionem pecuniae comparare praedia tutores neglexerunt, incipient in usuras conveniri: quamquam enim a praetore cogi eos oportet ad comparandum, tamen, si cessent, etiam usuris plectendi sunt tarditatis gratia, nisi si per eos factum non est, quominus compararent.

Und zwar wird die Entwicklung dieser Praxis die gewesen sein, daß zunächst der Prätor im einzelnen Fall die Deposition unter dem Nachtheile der Verzinsung anbefahl [56]): et solent praetores comminari, ut, si non fiat depositio vel quanto tardius fiat, legitimae usurae praestentur. Später nahm man aber auch schon ohne ein solches Decret des Prätor eine Zinsenpflicht für den Vormund an: und zwar räumte man ihm für die Unterbringung der Gelder, welche er bei Uebernahme der Vormundschaft vorfand, eine sechsmonatliche [57]), für die später eingehenden eine zweimonatliche Frist ein [58]). Und die letztere von Ulpian herrührende Stelle bestätigt wieder ausdrücklich, daß wir es hier mit einem Gebilde der Praxis zu thun haben: idque in judicio tutelae servari solet.

Wenn demnach Ulpian die Entwicklung, um die es sich hier handelt, noch vollständig gegenwärtig war, so kann der hier in Frage stehende Begriff unmöglich schon ein uralter sein. Vielmehr kann diese

---

[53]) fr. 5 pr., fr. 7 § 3 de adm. tut. 26, 7; fr. 73 de proc. 3, 3.
[54]) fr. 3 § 2 de adm. 26, 7.
[55]) fr. 7 § 3 de adm. 26, 7.
[56]) fr. 7 § 7 de adm. 26, 7.
[57]) fr. 15 eodem.
[58]) fr. 7 § 11 eodem.

Erscheinung nur dazu beitragen, das anderweitig bereits gefundene Ergebnis zu bestätigen: daß die Entstehung der usura pupillaris wahrscheinlich erst nach Labeo zu setzen, jedenfalls aber nicht viel vor Labeo entstanden sein wird.

Die usura pupillaris, mit der wir uns hier beschäftigt haben, ist freilich nicht unsere Mahnungszinse, aber die für das vormundschaftliche Verhältnis allerwichtigste Zinse, der gegenüber die erst nach beendeter Vormundschaft mögliche Mahnungszinse sehr in den Hintergrund tritt. Es ist also auch anzunehmen: daß sich für diese öconomisch viel wichtigere Zinse eher ein Bedürfnis herausgestellt haben wird, als für die im Vergleich damit unbedeutende Mahnungszinse.

So haben wir denn bestätigt gefunden: daß die Rechtszinse zuerst auf dem Gebiete der Vormundsverpflichtung ergiebigen Boden fand; um sie von der Vertragszinse zu unterscheiden, nannte man sie pupillaris.

Dieser Erklärung des Ausdruckes usura pupillaris möchte man vielleicht entgegenhalten wollen: daß sich auch noch bei einer andern Rechtszinse ein Zusatz finde, nämlich bei der usura fiscalis [58]). Allein es wäre ja möglich, daß auch dieser Zinsenanspruch des Fiscus bereits zu einer Zeit entstanden wäre, wo man sich an die Rechtszinse noch nicht recht gewöhnt hatte, und bei usura ohne Zusatz lediglich an die Vertragszinse dachte. Andererseits könnte hier der Zusatz seinen Grund auch in den mancherlei Eigenthümlichkeiten haben, welchen wir bei dieser Rechtszinse begegnen. Und so soll uns der betreffende Ausdruck in der angeführten Stelle, wie sich aus dem Zusammenhange ergibt, auch nur darauf aufmerksam machen: daß die fiscalische Zinse stets eine sechsprocentige war [59]).

Wir sahen: daß die Mahnungszinse, wenigstens in einem einzelnen Falle sehr wahrscheinlich schon bei der incerten Stipulation Verwendung fand, bevor sie auf das Fideicommiß übertragen wurde. Allein so recht hat die Mahnungszinse bei der incerten Stipulation doch nicht gedeihen wollen. Dagegen bot das Fideicommiß ihr Boden, der ihr besser zusagte. Wir finden unsere Mahnungszinse hier sehr häufig erwähnt [60]). Das Fideicommiß ist in späterer Zeit neben der

---

[58]) fr. 6 pr. de jure fisci 49, 14.

[59]) Vgl. fr. 17 § 6 de usuris 22, 1.

[60]) Siehe die Stellen § 77 S. 175.

gutgläubigen Obligation das Hauptgebiet der Mahnungszinse geworden. Wenn also ein Römer das Gebiet der Mahnungszinse der Hauptsache nach kurz bezeichnen wollte; so konnte er sich darauf beschränken, das Fideicommiß und die gutgläubige Obligation zu nennen. Auf diese Weise erklärt sich der Schlußsatz einer Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian [61]):

in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus, et fideicommissis et legatis.

vorausgesetzt, daß die Schlußworte „et legatis" interpolirt sind. Es wäre freilich auch noch die Möglichkeit denkbar, daß ursprünglich et legatis sinendi modo dagestanden, und die Compilatoren die letzten beiden Worte gestrichen hätten. Das scheint mir indes weniger wahrscheinlich zu sein. Denn das Gebiet der Mahnungszinse haarscharf zu bestimmen, darum konnte es den Kaisern im vorliegenden Falle kaum zu thun sein.

Aehnlich verhält es sich mit fr. 34 Us. 22, 1; denn ich möchte glauben, daß Ulpian hier lediglich Wirkungen der Mahnung im Sinne hatte. Und wenn es hier in Bezug auf die Zinsen heißt:

et ita in legatis et fideicommissis, et in tutelae actione, et in ceteris judiciis bonae fidei servatur.

so hat man auch hier die Wahl: ob man annehmen will, daß legatis et eingeschoben, oder sinendi modo ausgefallen sei.

Von dem Gebiete, auf welchem sich die Römische Mahnungszinse bewegte, gehörte das Fideicommiß und die Pollicitatio [62]) der extraordinaria cognitio an. Wo es sich demnach um Fälle handelte, die im ordentlichen Verfahren, also vor Geschwornen, abzuthun waren; genügte es im allgemeinen, darauf hinzuweisen: daß das Gebiet der Mahnungszinse die gutgläubige Obligation sei. So werden z. B. von Modestin [63]) bei einem Schenkungsversprechen Mahnungszinsen auch aus dem Grunde ausgeschlossen: „cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur". Und ähnlich gründet sich der Zweifelsgrund des Paulus in fr. 54 pr. Loc. Cond. 19, 2 darauf: daß er es nicht mit einer gutgläubigen Obligation zu thun habe.

---

[61]) c. 3 in quib. caus. 2, 41.
[62]) fr. 8 de poll. 50, 12. Rudorff, Rechtsgeschichte, Bd. 2, S. 207.
[63]) fr. 22 de don. 39, 5.

Ich sagte: daß die Mahnungszinse bei der incerten Stipulation nicht recht hätte gedeihen wollen. Allerdings war es bereits ein sicherer Rechtssatz, daß aus einer Stipulation „rem pupilli salvam fore" Mahnungszinsen zu entrichten seien, als African sein drittes Buch Quästionen schrieb [64]); was am Ende der Regierung Hadrian's († 138), oder zu Anfang der Regierung von Pius geschehen sein wird [65]). Und ebenso werden bei einer an die Verpflichtung des Vormundes sich anschließenden incerten Stipulation im 28. Buche von Scävola's Digesten [66]), geschrieben während der Alleinregierung Marc Aurel's [67]) (169—176), Mahnungszinsen erwähnt. Viel weiter scheint man hier aber auch nicht gekommen zu sein, als Paulus sein fünftes Buch Responsen schrieb, was frühestens unter Elagabal (218 bis 222) der Fall war [68]). Denn die ganze Art und Weise der Darstellung bei Paulus [69]); die Bedenken, die ihm auftauchen; dann die Art und Weise, wie er sich mit diesen Bedenken abfindet — alles weist darauf hin: dem Rechtssatze, daß Stipulationen eines fidejussor mit der Fassung „in omnem causam conductionis" für unsere Mahnungszinse empfänglich seien, hat Paulus erst Gestalt gegeben. Und ob man bei Stipulationen mit der Fassung „in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?" oder „indemnem me praestabis?" vor Paulus unsere Mahnungszinsen zuließ, erscheint mindestens zweifelhaft.

Kaiser Gordian (238—244) baute auf der von Paulus geschaffenen Grundlage fort, indem er den Satz aufstellte: daß auch ein Fidejussor, welcher sich in omnem causam emti verpflichtet habe, für Mahnungszinsen hafte [70]).

Zwei von den auf die incerte Stipulation bezüglichen Stellen bedürfen noch einer Erörterung.

fr. 10 Rem pupilli 46, 6. — Africanus libro tertio quaestionum.

---

[64]) fr. 10 Rem pupilli 46, 6.

[65]) Fitting, Alter, S. 15.

[66]) fr. 122 § 5 V. O. 45, 1.

[67]) Fitting, Alter, S. 26.

[68]) Fitting, Alter, S. 50.

[69]) fr. 54 pr. Loc. Cond. 19, 2. Vgl. zu dieser Stelle Bd. I, S. 253 fgg.

[70]) c. 5 C. de pactis inter emt. 4, 54.

Si, posteaquam pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in restituenda tutela aliquamdiu moram fecerit, certum est et fructuum nomine et usurarum medii temporis tam fidejussores ejus quam ipsum teneri.

Wir haben es hier also mit einem Vormunde zu thun, der eine Mahnung nicht beachtete, nachdem der Mündel im Römischen Sinne mündig geworden, d. h. vierzehn, bezw. zwölf Jahre alt geworden war [71]). Und zwar werden wir uns die Sache so zu denken haben, daß der Mündiggewordene nach der Mündigkeit nicht Jahre lang mit der Mahnung gewartet haben wird. Der Mahnende war also noch minderjährig.

Die Stelle handelt ferner nur von der incerten Stipulation „rem pupilli salvam fore"; allein wir werden anzunehmen haben: daß, was in Bezug auf Mahnungszinsen für diese galt, auch bei dem judicium tutelae Rechtens gewesen sei [72]).

Unter dieser Voraussetzung gewährt diese Stelle einen zeitlichen Anhaltspunkt für eine bereits früher besprochene Entwicklung. Ich sagte früher [73]):

„Den Minderjährigen wurde dieser Anspruch auf Fideicommißzinsen auch ohne Mahnung gewährt. Diesen Rechtssatz finden wir schon in einem Rescripte von Kaiser Pius (138—161) als bekannt vorausgesetzt — —. Kaiser Severus (193—198) bestätigte diesen Rechtssatz. — — — — — — — — — — —

„Was für Minderjährige bei Geldfideicommissen galt, wurde später auch bei den bonae fidei judicia, sofern sie auf Geld gingen, angenommen."

In letzterer Beziehung kommen vor allen Dingen zwei Constitutionen [74]) der Kaiser Diocletian und Maximian (286—305) in Betracht. Die eine Constitution [75]) bestätigt aber ausdrücklich: daß beide Kaiser diesen Rechtssatz nicht neu eingeführt hatten, daß er vielmehr bereits in der Praxis (recepto jure) feststand.

African schrieb sein drittes Buch Quästionen am Ende der Regierung Hadrian's († 138), oder zu Anfang der Regierung von Pius.

---

[71]) pr. J. quib. mod. tut. fin. 1, 22.

[72]) arg. fr. 9 Rem pup. 46, 6.

[73]) Bd. I, S. 60.

[74]) c. 3 C. in quib. caus. 2, 41; c. 5 C. A. E. V. 4, 49.

[75]) c. 3 C. in quib. caus. 2, 41.

African könnte also den Rechtssatz: daß die Minderjährigen auf Fideicommißzinsen auch ohne Mahnung Anspruch hätten, möglicherweise schon gekannt haben; dagegen wird ihm der Rechtssatz noch unbekannt gewesen sein: daß es für Minderjährige auch bei den gutgläubigen Obligationen in dieser Beziehung keiner Mahnung bedürfe; denn dann hätte von diesem Rechtssatze in unserer Stelle Erwähnung geschehen sein müssen, und nicht alles auf die Mahnung gestellt sein können.

Als Marcell sein achtes Buch Digesten schrieb, zwischen 161 bis 167 [76]), muß aber der Satz schon gegolten haben: daß der Vormund nach beendigter Vormundschaft dem Minderjährigen auch ohne Mahnung Zinsen zahlen müsse. Denn heißt es in fr. 28 § 1 de adm. 26, 7:

> Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum ejus administratione abstinuit, usuras praestare non debet ex quo optulit pecuniam.

woraus folgt: daß der Vormund bis zur Oblation ohne weiteres zur Zinsenzahlung verpflichtet war. Dafür, daß Papinian, Paulus und Ulpian diesen Satz schon kennen, sind zu vergleichen: fr. 1 § 3 Us. 22, 1; fr. 46 § 3; fr. 7 § 15 de adm. 26, 7.

Die andere Stelle, welche noch besondere Beachtung verdient, ist fr. 1 § 13 Ut leg. 36, 3. Ulpianus libro septuagensimo nono ad edictum.

> Bellissime quaeritur, an haec stipulatio incrementum ex fructibus vel usuris sentiat. et recte placuit ex mora incrementum habituram stipulationem, id quod oportebit conprehendat.

Zunächst leuchtet ein, daß hier im Text irgend etwas ausgelassen sein muß. Gewöhnlich pflegt man in der Weise zu helfen: daß man vor dem bei id beginnenden Nachsatze ut einschiebt; so auch die Gebrüder Kriegel und Th. Mommsen. Allein ich fürchte: daß hier mehr weggefallen ist, und daß bereits die Justinian'schen Compilatoren hier Streichungen vorgenommen haben.

Die Stelle, über deren zu große Allgemeinheit wir bereits einmal Ursache hatten, uns zu beklagen [77]), handelt von der Stipulation

---

[76]) Fitting, Alter, S. 24.
[77]) Bd. I, S. 280.

legatorum servandorum causa. Rudorff[78]) und Römer[79]) meinen, diese Stipulation hätte folgende Fassung gehabt: Quibus diebus testator dari fierive voluit, his diebus dari fierive dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne? Allein die dafür angeführte Stelle[80]) beweist nur, daß dolumque malum afuturum" Stipulationsworte waren; denn der Satz „quibus testator dari fierive voluit, his diebus detur vel fiat" hängt gar nicht von „stipulentur" ab. Andererseits legt fr. 10 Ut leg. die Vermuthung doch zu nahe: daß es Stipulationen legatorum servandorum causa gegeben haben muß, welche die Worte „dari oportet" enthielten. Sei dem indes, wie ihm wolle, jedenfalls können wir darüber kaum zweifelhaft sein, daß nach der Auffassung Ulpian's die fragliche Stipulation zu den incerten gehörte; wenn wir uns nämlich einen Satz aus dem 22. Buche seines Edictswerkes[81]) vergegenwärtigen: et qui ita stipulatur: „quod ex testamento mihi debes, dare spondes?" incertum in obligationem deducit, licet — — ex testamento certum debeatur.

Wir sahen[82]): daß die Mahnungszinse auf dem Gebiete der Stipulation nur insoweit Fuß gefaßt habe, als diese incerter Natur, und soferne sie sich an eine Obligation anlehne, die diesen Zinsenanspruch zulasse.

Was nun die incerte Voraussetzung anbetrifft, so bereitet uns unsere Stelle keine Schwierigkeit; und ebenso wenig vom Justinianschen Standpunkte aus die zweite Voraussetzung. Denn nach der Justinian'schen Ausgleichungsgesetzgebung erzeugte die Mahnung bei allen Vermächtnissen einen Anspruch auf Zinsen.

In dieser Beziehung verhielt es sich aber zu Ulpian's Zeiten anders. Wir sind bereits zweien[83]) von Ulpian herrührenden Stellen begegnet[84]), aus denen sich ergab: daß Ulpian die Mahnungszinse keineswegs bei allen Vermächtnissen zuließ. In dieser Beziehung ist

---

[78]) Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 189; Anm. 13.

[79]) Bedingte Novation, S. 168, 169, Anm. 8.

[80]) fr. 1 pr. Ut leg. 36, 3.

[81]) fr. 75 § 6 V. O. 45, 1.

[82]) oben § 77, S. 176.

[83]) fr. 39 § 1 Leg. I; fr. 24 § 14 de fid. com. lib. 40, 5.

[84]) oben § 77 a. E., S. 189.

ferner beachtenswerth das von Ulpian herrührende fr. 5 § 21 Ut in poss. 36, 4 vba:

„Quaeri poterit, an in vicem usurarum hi fructus cedant, quae in fideicommissis debentur.“

wo Zinsen auch nur mit Fideicommissen in Verbindung gebracht werden, obwohl in der Stelle gleich darauf wieder vom Legatar die Rede ist.

Außerdem besitzen wir noch eine Constitution Kaiser Caracalla's [85]) vom Jahre 213, die dasselbe ergibt [86]). Der Edictscommentar Ulpian's, dem unsere Stelle entnommen, ist aber um das Jahr 212 zum Abschluß gebracht und herausgegeben worden, während die Ausarbeitung desselben zum großen Theil bereits vor dem Tode des Severus im Jahre 211 stattgefunden hat [87]).

Wie reimt sich denn aber hiermit der anscheinend allgemeine Ausspruch Ulpian's in unserer Stelle: daß die Stipulation legatorum servandorum causa bei nicht beachteter Mahnung einen Zuwachs an Zinsen erhalte? Man setze: das Vermächtnis, an welches diese Stipulation sich anlehnte, sei ein certes Damnationslegat gewesen — ist es wohl denkbar: daß hier die Mahnung bei der Stipulation legatorum servandorum causa Wirkungen geäußert habe, die ihr beim Damnationslegat, welches der Stipulation zu Grunde lag, nicht zukamen?

Wir können dies kaum glauben. Und sollten hier gleichwohl Bedenken auftauchen, so würden sie schwinden müssen, wenn wir nur ein paar Zeilen weiter lesen, wo wir bei Ulpian auf folgenden Satz stoßen [88]):

huic stipulationi easdem causas et condiciones inesse sciendum est: proinde si qua sit exceptio, quae petenti legatum opponi solet, eandem ex stipulatu quoque agenti opponendam esse placet.

Th. Mommsen vermuthet, daß hinter stipulationi ausgefallen sei et legatorum actioni; und das ist sehr wohl möglich. Aber auch so wie die Stelle dasteht, dürfte folgender Schluß

---

[85]) c. 2 C. de usur. et fruct. 6, 47.

[86]) oben § 77 a. E., S. 188.

[87]) Vgl. Th. Mommsen, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 1870, Bd. 9, S. 102.

[88]) fr. 1 § 14 Ut leg. 36, 3.

gerechtfertigt erscheinen: wie in anderer Beziehung, so richtet sich diese Stipulation auch in Bezug auf die Mahnungszinsen ganz nach der Natur des zu Grunde liegenden Vermächtnisses.

Unter dieser Voraussetzung bleibt aber nur die Annahme übrig: daß Ulpian noch nicht so allgemein geschrieben haben kann, als die Compilatoren ihn schreiben lassen. Hier wird etwas gestrichen sein. Diese Vermuthung erhält Nahrung durch die Ausdrucksweise „bellissime quaeritur“. Denn während diese Worte uns eine feine Untersuchung versprechen, erhalten wir statt dessen einen Satz von bedenklicher Construction und bedenklicher Allgemeinheit.

Der wirkliche Ulpian hätte hier z. B. dem Gedanken Worte leihen können: daß die Stipulation legatorum servandorum causa zwar wohl bei zu Grunde liegendem legatum sinendi modo, nicht aber bei zu Grunde liegendem certen Damnationslegat für unsere Mahnungszinse, wie für Mahnungsfrüchte empfänglich sei. Die Untersuchungen Ulpian's in dieser Stelle werden vermuthlich ein Seitenstück gebildet haben zu den von Paulus in fr. Quaero [89]) enthaltenen. Es ist jammerschade! daß die Compilatoren dies weggestrichen haben. Allein von ihrem Standpunkte aus handelten sie ganz richtig; denn zur Justinian'schen Ausgleichungsgesetzgebung werden die Ulpian'schen Ausführungen, so wie sie dastanden, nicht gepaßt haben. Es steht überhaupt anzunehmen, daß die Compilatoren an den Stellen, welche das Vermächtnisrecht betreffen, viel herumänderten: ein Punkt, der noch lange nicht die Beachtung gefunden hat, welche er in Wirklichkeit verdient.

Als Ergebnis dieses Paragraphen stellt sich demnach dies heraus.

Die Wiege der Mahnungszinse, wie der Rechtszinse überhaupt, ist aller Wahrscheinlichkeit nach die gutgläubige Obligation gewesen. Hier bildete sich, unter dem Eingreifen kaiserlicher Constitutionen [90]), der Satz: daß anlangend Zinsen die Befugnis des Geschwornen gerade so viel vermöge, wie bündiger Vertrag. Für diesen Zinsenanspruch waren eine Menge ganz verschiedener Gesichtspunkte maßgebend [91]).

---

[89]) fr. 54 pr. Loc. Cond. 19, 2. Vgl. zu dieser Stelle Bd. I, S. 253—260.

[90]) fr. 24 Dep. 16, 3; fr. 5 § ult.; fr. 37 N. G. 3, 5; fr. 17 § 3 Us. 22, 1.

[91]) Vgl. Bd. I, S. 139—141.

Darunter erscheint denn auch unsere Mahnung, und zwar gleichsam als der Schlußstein dieser auf aequitas beruhenden Rechtsbildung.

Die Entwicklung war eine allmähliche. Labeo ist beim Gesellschaftsvertrag der Sache nach freilich bereits auf die Rechtszinse gestoßen; der Ausdruck usura hierfür ist ihm aber noch fremd; er bedient sich hierfür des Ausdrucks quod intersit. Die Mahnungszinse ist Labeo auch der Sache nach noch nicht bekannt.

Der Ausdruck usura im Sinne von Rechtszinse scheint zuerst bei der Verpflichtung des Vormundes aufgekommen zu sein. Man hielt es indes für nöthig, diese Zinse durch den Zusatz pupillaris von der Vertragszinse zu unterscheiden.

Neben der gutgläubigen Obligation war das Fideicommiß das Hauptgebiet der Mahnungszinse. Dieselbe wird hier auf ein Rescript des Kaisers Hadrian zurückgeführt.

Von hier aus übertrug sich die Mahnungszinse auf das legatum sinendi modo. Julian machte zunächst einen desfallsigen Vorschlag. Zur Zeit, als Gajus seine Institutionen schrieb, hatte die Ansicht des Julian schon mehr und mehr die Oberhand gewonnen. Und als Papinian sein siebentes Buch Responsen schrieb, stand die Ansicht Julian's bereits vollständig fest.

Das certe Damnationslegat war noch zu Caracalla's Zeiten für unsere Mahnung in Bezug auf Zinsen unempfindlich; und es steht anzunehmen, daß dieser Zustand bis zur Justinian'schen Ausgleichungsgesetzgebung gedauert habe.

Bei der incerten Stipulation hat die Mahnungszinse nur soweit Zutritt gefunden, als dieselbe sich auf eine Obligation stützt, die diesen Zinsenanspruch gleichfalls zuläßt. Der älteste Fall dieser Art ist die Stipulation „rem pupilli salvam fore", die für unsere Mahnungszinse schon eher empfänglich gewesen zu sein scheint, als das Fideicommiß. Später hat sich hier indes die Entwicklung sehr langsam gemacht, obwohl man beim Vormund mindestens schon seit Marcell nach beendigter Vormundschaft ohne weiteres eine Verpflichtung zur Zinsenzahlung dem Mündiggewordenen gegenüber annahm. Erst Paulus gab dem Satze Gestalt: daß Stipulationen eines fidejussor mit der Fassung „in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?" auch Mahnungszinsen mitumfaßten. Und Kaiser Gordian setzte dasselbe fest für einen Fidejussor, der sich in omnem causam emti verpflichtet hatte.

Auf die Pollicitation wurden die Mahnungszinsen durch ein Rescript der Kaiser Severus und Antoninus Caracalla übertragen.

§ 79.

Zinsen. Römisches Recht. Einzelheiten.

Wir pflegen die Rechtszinse, und insonderheit die Mahnungszinse, als ein Interesse-Surrogat aufzufassen. Die Römer erblickten in der Rechtszinse und insonderheit der Mahnungszinse mehr einen Nachtheil, welcher den gemahnten Schuldner traf.

So spricht Paulus in dieser Beziehung einmal von einem onus usurarum [1]). Ein ander Mal bringt er diese Zinse geradezu in Gegensatz mit entgangenem Gewinn [2]):

> usurae enim non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur.

Und dem hier gebrauchten infligere entspricht anderswo bei ihm der Ausdruck applicare [3]).

Aehnlich sagt von Mahnungszinsen Papinian [4]):

> non oportere frustrationem impunitam esse responderi oportet.

Betrachtet man die Mahnungszinse als Interesse-Surrogat, so nimmt man genau genommen folgenden Standpunkt ein [5]). Dem Gläubiger soll werden, was er gehabt hätte, wenn die Mahnung beachtet wäre. Der Inhalt der Obligation soll also eigentlich nicht größer werden; es wird nur dafür gesorgt, daß er sich nicht verkleinert.

Auch in dieser Beziehung weicht die Römische Vorstellung ab. Sie betrachteten die Mahnungszinse als einen Zuwachs der Obligation. So stellt Ulpian einmal die Mahnungszinse beim Fideicommiß auf gleiche Stufe mit sonstigem Zuwachs per testamenti occasionem [6]).

Und dieser Auffassung ist auch durchaus nicht der Ausspruch desselben Ulpian in fr. 34 Us. 22, 1 entgegen: „usurae vicem fructuum obtinent“. Denn auch in den Mahnungsfrüchten erblickt

---

1) fr. 84 Leg. II.
2) fr. 17 § 3 Us. 22, 1.
3) fr. 17 § 7 Us. 22. 1; fr. 54 pr. Loc. Cond. 19, 2.
4) fr. 3 § 4 Us. 22, 1.
5) Näheres hierüber unten § 96.
6) fr. 24 § 14 de fid. com. lib. 40, 5.

Ulpian im angeführten fr. 24 § 14 de fid. com. lib. gleichfalls einen Zuwachs der Obligation.

Und daß die Römer in der Mahnungszinse kein Interesse-Surrogat, sondern eine Benachtheiligung des Schuldners erblickten, erklärt sich einfach dadurch: daß auch die älteste Wirkung der Mahnung, die Obligationsverlängerung, auf dem nämlichen Grundgedanken beruhte. Es war dies die Vorstellung, unter welcher sich die Mahnung gleich von ihrem Ursprunge an bei den Römern eingeführt hatte.

Ist dies aber richtig, so kann unmöglich Labeo schon in fr. 60 pr. pro socio die Rechtszinse vom Interessestandpunkt aus aufgefaßt haben. Wir erhalten hier also eine neue Bestätigung: daß der Ausdruck „quod intersit" in dieser Stelle nur im allgemeinen Vermögensunterschied bedeuten könne.

Ferner war den Römern die Rechtszinse von Haus aus eine Nachbildung der Vertragszinse. So sagt Paulus [6]):

> Quia tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.

und ebenso Papinian [7]):

> et est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio.

Aus diesem Grunde durfte auch bei der Rechtszinse das für die Vertragszinse erlaubte Maaß nicht überschritten werden. Dies liegt schon in dem tantundem quantum, über das die Befugnis des Römischen Geschwornen nicht hinausging; ist aber überdies ausdrücklich ausgesprochen. So für die Rechtszinse im allgemeinen von Papinian [8]):

> ita tamen, ut legi non offendat.

ferner von Justinian [9]):

> ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum nomine posse stipulari, et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent.

---

[6]) fr. 6 N. G. 3, 5.

[7]) fr. 24 Depositi 16, 3.

[8]) fr. 1 pr. Us. 22, 1.

[9]) c. 26 § 1 de usuris 4, 32.

und für die Mahnungszinse insbesondere von den Kaisern Diocletian und Maximian [10]):

> ultra licitum usuras ex stipulatione vel mora praestare — — compelli non potes.

Wenn aber die Rechtszinse das für die Vertragszinse erlaubte Maß nicht überschreiten durfte; so ist damit gleichzeitig der Satz gegeben: daß ein weiter gehendes Interesse unberücksichtigt bleiben mußte. Auch dieser Satz ist überdies von Hermogenian [11]) ausdrücklich ausgesprochen:

> Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit.

Usurae hat in dieser Stelle, wie aus dem Zusammenhange hervorgeht, beide Male eine verschiedene Bedeutung: zuerst heißt es Zinse, zuletzt leihweise Nutzung. Brissonius und Dirksen kennen freilich usura nur in der einen Bedeutung von Zinse. Allein usura heißt ursprünglich Nutzung [12]). Die Bedeutung leihweise Nutzung steht also der ursprünglichen weit näher, als die Bedeutung Zinse. Die letztere Bedeutung ist erst eine weiter abgeleitete, hergenommen von dem, was bei einer leihweisen Benutzung des Capitales gewöhnlich vorkommt. Wir haben es in dieser Beziehung mit einer Metonymie zu thun: der eigentliche Begriff wurde mit einem zufälligen Merkmale desselben vertauscht.

Was den Inhalt dieser Stelle anbetrifft, so ist darin klar und deutlich ausgesprochen: daß der gemahnte Schuldner nur Zinsen und kein weiter gehendes Interesse zu erstatten habe. Gleichwohl hat man sich in diese Stelle nicht zu finden gewußt: weil man sie mit modernen und nicht mit Römischen Augen betrachtete; und weil man bei Erklärung dieser Stelle nicht in Widerspruch mit fr. 2 § 8 de eo

---

[10]) c. 19 C. Mand. 4, 35; vgl. auch c. 17 de locato et conducto 4, 65, und dazu Mommsen a. a. O., S. 246, Anm. 23.

[11]) fr. 20 de per. et com. 18, 6.

[12]) Vgl. z. B. Cicero Tuscul. Disp. I, 39, 93 vba: At ea quidem dedit usuram vitae, tamquam pecuniae und andere bei Forcellini angeführte Stellen.

quod certo loco 13, 4 gerathen wollte. So heißt es z. B. bei v. Vangerow:

„S. g. Honigtopfrechnungen, zu denen allerdings der Gläubiger gerade hier ganz besonders geneigt sein möchte, dürfen freilich schlechthin nicht geduldet werden, und es wird also derselbe mit Verzugszinsen zufrieden sein müssen, wenn er nicht einen größern Nachtheil mit ausreichenden Gründen zu beweisen im Stande ist."

Allein es wird dem Gläubiger in unserer Stelle mit keiner Sylbe ein Beweis irgend welcher Art freigelassen; es heißt vielmehr ausdrücklich: daß er nur Zinsen und weiter gar nichts beanspruchen dürfe. Und ebenso wenig ist von einer Honigtopfrechnung die Rede, sondern von einem ganz rechtschaffenen kaufmännischen Erwerbe; genau von eben solchem Erwerbe, wie in fr. 2 § 8 de eo quod certo loco 13, 4, wenn es hier heißt:

quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem.

Wie erklärt sich denn aber: daß der Gläubiger im einen Falle mit Mahnungszinsen zufrieden sein muß, während er im andern Falle bei nicht beachteter Mahnung ein weiter gehendes Interesse geltend machen konnte? Ist es nicht auffallend: daß die gutgläubigen Obligationen in dieser Beziehung hinter der actio de eo quod certo loco zurückstanden?

Allein hier ist zu berücksichtigen: daß sich die actio de eo quod certo loco sehr häufig auf pecunia trajecticia bezog, deren ja auch in unserm fr. 2 § 8 ausdrücklich Erwähnung geschieht. Hier kannte aber die Vertragszinse zur Zeit der Pandektenjuristen keine Schranken [13]. Hier stand also auch nichts im Wege, daß der Interessebegriff bei Nichtbeachtung einer Mahnung sich frei entwickeln konnte. Dies wird ausdrücklich angedeutet durch die Worte:

in hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum.

Es handelt sich also in fr. 2 § 8 de eo quod certo loco um eine Besonderheit der pecunia trajecticia, wie dies bereits Cujacius [14]) sehr bestimmt hervorgehoben hat.

[13]) Paul. R. S. II, 14, § 3; c. 26 § 1 C. Us. 4, 32.

[14]) Ad Africanum Tractatus VIII ad leg. Si fundus 33 Loc. et Cond. Opp. omn. Bd. I, Spalte 1296 E. und 1297 A.

Was für die gutgläubigen Obligationen ausdrücklich ausgesprochen, wird auch bei andern Obligationen gegolten haben. Auch bei Geldfideicommissen z. B. wird dem Gläubiger nach Römischem Recht nicht gestattet gewesen sein, ein seinen Zinsenanspruch übersteigendes Interesse geltend zu machen. Diesen Gedanken legt auch fr. 10 § 1 de alim. leg. 34, 1 ziemlich nahe, wenn es hier heißt:

> tunc enim explorari moram oportet, cum de usuris fideicommissi quaeritur, non de ipsis fideicommissis.

indem hier als einziger Nachtheil einer Mahnung bei Geldfideicommissen der Zinsenanspruch in's Auge gefaßt wird.

Der Procentsatz der Rechtszinse innerhalb der angegebenen Schranke richtete sich bei den Römern in der Regel nach der Ortsüblichkeit [15]).

Wenn nun diesem allem zufolge feststehen dürfte, daß die Römische Rechtszinse im allgemeinen als eine Nachbildung der Vertragszinse erscheint, fehlt es doch andererseits auch nicht an Sätzen, die von dieser Auffassung abweichen.

So sind Gegenstand der Vertragszinse nicht bloß Geld, sondern auch andere vertretbare Sachen [16]); dagegen die Rechtszinse kommt nur als Geldzinse vor [17]).

Andererseits finden wir die Vertragszinse nur bei Leistungen auf vertretbare Sachen [18]), dagegen die Rechtszinse, insonderheit die Mahnungszinse, auch bei andern Leistungen. In dieser Beziehung kommen namentlich folgende Stellen in Betracht.

fr. 3 § 4 Us. 22, 1. — Papinianus.

> Si auro vel argento facto per fideicommissum relicto mora intervenerit, an usurarum aestimatio facienda sit, tractari solet. plane si materiam istam ideo relinquit, ut ea distracta pecuniaque refecta fideicommissa solverentur aut alimenta praestarentur,

---

[15]) fr. 1 pr.; fr. 37 Us. 22, 1; fr. 39 § 1 Leg. I; fr. 10 § 3 Mand. 17, 1; fr. 7 § 10 de adm. 26, 7; vgl. fr. 12 § 9 Mand. 17, 1.

[16]) c. 12, 23, 26 § 1 Us. 4, 32.

[17]) Mommsen, S. 236.

[18]) wenigstens nach der herrschenden und sehr verständigen Ansicht, vgl. z. B. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 259. Freilich ist hiermit schwer in Einklang zu bringen c. 25 Us. 4, 32. Vgl. zum Verständnis dieser Stelle c. 12 C. eodem, Glück, Erläuterung, Bd. 9, S. 402; Gneist, die formellen Verträge, S. 368.

non oportere frustrationem impunitam esse responderi oportet. quod si forte ideo relinquit, ut his vasis uteretur, non sine rubore desiderabuntur usurae ideoque non exigentur.

Hiernach sollen also vom Werthe vermachten Gold- oder Silbergeschirres Mahnungszinsen erstattet werden, wenn ein Verkauf derselben der Absicht des Testators nicht zuwider gewesen wäre. Dagegen sollen sie ausgeschlossen sein, wenn der Verkauf sich als eine unsittliche Handlung darstellen würde [19].

Eine andere Stelle ist fr. 1 pr. de poll. 50, 12. — Ulp.

Si pollicitus quis fuerit rei publicae opus se facturum vel pecuniam daturum, in usuras non convenietur: sed si moram coeperit facere, usurae accedunt, ut imperator noster cum divo patre suo rescripsit [20].

Hiernach soll also, wenn jemand sich einer Gemeinde gegenüber zur Herstellung eines Bauwerkes anheischig gemacht hat, der Werth dieses Bauwerkes von der Mahnung an verzinset werden.

Auch fr. 35 pr. Leg. III ist gar so unbeachtlich nicht: wo eine Werthzinse „usura aestimationis" lediglich deshalb versagt wird, weil dem Gläubiger ein Interesseanspruch zustehe. Und ebenso nöthigt das „quid aliud" in fr. 22 de don. 39, 5 den Ausdruck „usuras" mit auf die Werthzinse zu beziehen.

Von einer Werthzinse anderer Art, wenn auch keiner Mahnungszinse handelt c. un. § 7 i. f. C. de rei ux. 5, 13.

Sin autem supersederit res mobiles vel se moventes vel incorporales post annale tempus restituere, vel ceteras res statim post dissolutum matrimonium, etiam usuras aestimationis omnium rerum, quae extra immobiles sunt, usque ad tertiam partem centesimae ex bona fide introducendas maritus praestet.

Und hierher gehören auch fr. 17 § 8 Us. 22, 1, sowie fr. 5 pr. de op. publ. 50, 10. Denn wenn auch in beiden Stellen die zu verwendende Summe durch das Vermächtnis bestimmt war; so bleibt gleichwohl die Thatsache bestehen: daß von einer auf Her-

---

19) Ueber den Schlußsatz dieser Stelle vgl. Bd. I, S. 149, 150.

20) Vgl. über diese Stelle oben § 77, S. 176 fgg.

richtung eines Bauwerkes bezüglichen Obligation Zinsen entrichtet werden mußten.

Ueber die zuerst angeführte Stelle mögen mir noch ein paar Bemerkungen gestattet sein.

v. Savigny nimmt es in Abrede: daß Rechtszinsen auch bei andern als Geldleistungen vorkämen. Ueber die fragliche Stelle sucht er sich dann in folgender Weise hinwegzusetzen [21]):

„Wenn Gefäße von Gold oder Silber durch Fideicommiß hinterlassen werden, und der Erbe mit der Entrichtung in Mora ist, so braucht er doch nur dann Zinsen zu zahlen, wenn der Erblasser die Geräthe zum Verkauf bestimmt hatte, außerdem nicht; also nur dann, wenn eigentlich ein Geldfideicommiß gemeint war, welches nur durch den Verkauf jener Gefäße zur Ausführung gebracht werden sollte.“

Allein ich vermag nicht einzusehen: was mit einer derartigen Erklärung gewonnen wäre. Und wie läßt sich ferner die Behauptung rechtfertigen: daß ein Geldfideicommiß gemeint gewesen, während Geräthe vermacht wurden?

Mommsen, S. 244, 245, hält neben der v. Savigny'schen folgende Erklärung für möglich:

„daß in diesem Fall nicht eine bloße Möglichkeit des Verkaufs vorlag, sondern nach den sonst geltenden Regeln als erwiesen angesehen werden konnte, daß der Vermächtnisnehmer den Verkauf wirklich sogleich vorgenommen und somit die Zinsen lucrirt hätte.“

Allein von alle dem steht in der Stelle kein Sterbenswort. Es wird nur vorausgesetzt: daß ein etwaiger Verkauf dem Willen des Testators entsprochen hätte. Verlangt wurde ein solcher Verkauf vom Fideicommissar durchaus nicht, sondern nur: daß er seinen Verbindlichkeiten nachkam. Und dies hätte füglich auch ohne Verkauf geschehen können.

Der Irrthum Mommsen's beruht darauf: daß er unsere Stelle vom Interesse=Standpunkt aus zu erklären bemüht ist. Allein den Interesse=Gesichtspunkt hat Papinian gar nicht geltend gemacht; vielmehr sollen die Mahnungszinsen, welche er im Sinne hat, ausgesprochenermaßen nichts anders als eine Benachtheiligung des Schuldners sein.

---

21) System, Bd. 6, S. 145.

Außerdem macht Mommsen, S. 244, gegen die Annahme von Werthzinsen noch folgenden allgemeinen Grund geltend:

„anderntheils würde die Annahme eines solchen Rechts des Gläubigers mit den Aussprüchen der Römischen Juristen über die Purgation der Mora schwer in Einklang zu bringen sein, weil dann, auch wenn noch so vollständig res integra ist, doch neben dem geschuldeten Gegenstande selbst regelmäßig die Zinsen der aestimatio desselben zu offeriren wären, um eine Purgation der Mora herbeizuführen."

Allein sollten diese in's Auge gefaßten Aussprüche der Römischen Juristen nicht vielmehr den Gedanken nahe legen: daß zunächst eine Oblation der Hauptschuld an sich hinreichend wäre, eine Mahnung für die Zukunft unwirksam zu machen? Würde freilich ein Gläubiger eine derartige Oblation deshalb zurückweisen, weil er gleichzeitig Berichtigung der Nebenforderung, z. B. der Zinsen, verlangt; und wäre das Vorhandensein einer solchen Nebenforderung unter den Parteien gar nicht streitig: dann läge die Sache allerdings anders. Außerdem wäre überall noch erst näher zu prüfen: in welchem Umfange einem gemahnten Schuldner Oblationsbefugnis zukomme; und namentlich, wie die Fälle liegen, welche die Römischen Rechtsgelehrten in dieser Beziehung betrachtet haben — Fragen, auf die hier freilich noch nicht näher eingegangen werden kann.

Anlangend die Zeit, bis wann diese Rechtszinsen liefen, so ist daran zu erinnern: daß dieser Zinsenanspruch bei gutgläubigen Obligationen auf der Befugnis des Geschwornen beruhte. Da nun diese Befugnis mit der Abgabe des Erkenntnisses von Haus aus ihr Ende erreichte[23]); so finden wir dem entsprechend bei den gutgläubigen Obligationen den Satz aufgestellt: daß die Zinsen nur bis zum Urtheile liefen.

c. 13 C. de us. 4, 32. (234)

nec ejus temporis, quod post rem judicatam fluxit, usurae ullo jure postulantur, nisi ex causa judicati.

Eine Ausnahme machte indes die Verpflichtung des Vormundes, die sich auch hier wieder unter ihres Gleichen als die Fortschrittsobligation hervorthat. Denn bereits zur Zeit Papinian's stand es in der Praxis zweifellos fest: daß die Zinsen, mochte es nun zum Urtheil kommen oder nicht, hier bis zur Erfüllung geleistet werden mußten.

---

[23]) fr. 1 § 2 Us. 22, 1. Vgl. dazu oben § 64, S. 31.

fr. 1 § 3 Us. 22, 1.

Papinianus: Circa tutelae restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est: nemo enim ambigit hodie, sive judex accipiatur in diem sententiae, sive sine judice tutela restituatur, in eum diem quo restituit usuras praestari.

In der Mommsen'schen Ausgabe ist unrichtiger Weise zwischen accipiatur und in diem ein Komma gesetzt. Dann würde die Stelle besagen: daß die Zinsen bei Annahme eines Geschwornen hier auch nur bis zum Urtheile liefen. Allein unter dieser Voraussetzung gölte ja für die Verpflichtung des Vormundes ganz das nämliche, wie für die übrigen gutgläubigen Obligationen: es fehlte dann an der latior interpretatio. Der Sinn der Stelle ist vielmehr dieser: der Vormund hat dem Mündel Zinsen bis zur Herausgabe des Mündelvermögens zu erstatten; mag nun ein Geschworner bis zum Tage des Urtheils angenommen werden, mag es also zu einer Verurtheilung kommen; oder mag die Herausgabe ohne Urtheil vor sich gehen [24]). Die Kriegel'sche Ausgabe hat das Komma auch gar nicht.

Das Eigenthümliche bei der Verpflichtung des Vormundes war: daß die Zinsen auch dann bis zur wirklichen Erfüllung liefen, wenn der Geschworne sein Urtheil abgegeben hatte [25]). In Bezug auf die Erfüllung ohne Urtheil [26]) wird sich die Verpflichtung des Vormundes in nichts von den übrigen gutgläubigen Obligationen unterschieden haben.

Hatte der Vormund gegen das Erkenntnis Appellation eingelegt, so sollte er für die Dauer der Appellationsinstanz indes nur unter der Voraussetzung Zinsen zu entrichten haben: wenn er sich des Rechtsmittels, lediglich um die Sache hinzuhalten, bedient hatte [27]).

Ob bei der extraordinaria cognitio in späterer Zeit mit dem Urtheile ebenfalls kein Stillstand der Mahnungszinsen mehr eintrat: muß ich dahin gestellt sein lassen. Für die Mahnungsfrüchte bei Fideicommissen sagt dies Papinian sehr bestimmt in folgender Stelle.

---

[24]) Vgl. zu dieser Stelle v. Madai, a. a. O., S. 156, 157.

[25]) Hier wäre also auch ein Urtheil am Platze gewesen, welches hinsichtlich der Zinsenverbindlichkeit die Klausel „quoad pecunia condemnationis soluta fuisset" enthalten hätte. Vgl. c. 1 C. de sententia, quae s. c. q. 7, 46.

[26]) Vgl. fr. 7 § 15 de adm. et per. 26, 7.

[27]) fr. 41 pr. Us. 22, 1.

fr. 3 pr. Us. 22, 1.

ceterum si ante, quam ad judicem perveniretur, in mora heres fuit, exinde fructuum praestandorum necessitate adstrictus qua tandem ratione, quoniam et sententia victus est legitimi temporis spatio fructibus liberabitur, cum ea temporis intercapedo judicato dilationem dare, non lucrum adferre debeat?

Die Frist, binnen welcher ein Schuldner einer rechtskräftigen Verurtheilung nachkommen mußte, betrug nach Justinian'schem Rechte vier Monate. Ließ er diese Frist ungenutzt verstreichen; so mußte er das Capital, in das er verurtheilt war, von Ablauf der Frist an mit 12 Procent verzinsen [28]), in alter Zeit gar mit 24 Procent [29]). Auf diese Urtheilszinsen bezieht sich auch c. 1 de sententia, quae sine certa quantitate profertur 7, 46 [30]), sowie das damnum in fr. 78 § 2 Leg. II.

So haben wir denn folgende Sätze gefunden.

In der Mahnungszinse erblickten die Römer einen Nachtheil, welcher den Schuldner traf.

Die Mahnungszinse war eine Nachbildung der Vertragszinse. Das für diese erlaubte Maß durfte auch hier nicht überschritten werden; ein weiter gehendes Interesse mußte unberücksichtigt bleiben.

Innerhalb der gegebenen Schranke richtete sich der Procentsatz der Mahnungszinse in der Regel nach der Ortsüblichkeit.

Die Mahnungszinse kommt nur als Geldzinse, dagegen nicht bloß bei Geldleistungen vor.

Bei gutgläubigen Obligationen liefen die Mahnungszinsen in der Regel nur bis zum Urtheil.

Ließ der Schuldner die zur Erfüllung des Urtheils festgesetzte Frist ungenutzt verstreichen, so mußte er von da an 12procentige Urtheilszinsen zahlen.

---

[28]) c. 1, c. 2, c. 3 C. de us. rei jud. 7, 54; c. 13 C. de us. 4, 32. Anlangend das Recht zur Zeit des Theodosianischen Codex ist zu verweisen auf c. un. C. Th. eodem 4, 19.

[29]) d. c. 2 C. de us. rei jud. 7, 54.

[30]) Vgl. zu dieser Stelle Cujacius lib. II Quaest. Pap. ad l. 1 Dig. de us. Opp. omn. Bd. IV. Sp. 44 und Noodt de foen. Lib. III c. 11, Opp. omn. Bd. I, S. 254, 255.

§ 80.
Zinsen. Nachrömisches Recht. Entstehungsgeschichte.

Das kanonische Recht erklärte Zinsennehmen für Raub: si quis usuram acceperit, rapinam facit, vita non vivit [1]); und verbot das Zinsennehmen nicht bloß den Geistlichen, sondern später auch den Laien [2]). Die Anfänge dieser Anschauung reichen bereits in das dritte Jahrhundert zurück [3]).

In Deutschland gab man in dieser Beziehung von Haus aus dem kanonischen Rechte den Vorzug vor dem Römischen [4]). Allein wie die häufige Wiederholung dieses Verbots beweist [5]), ist die Kirche niemals vollständig durchgedrungen. Namentlich mußte sie sich in Deutschland dazu verstehen, den Rentenkauf anzuerkennen [6]). Dieser konnte das zinstragende Darlehen zwar nie vollständig ersetzen, aber in seiner spätern Entwicklung näherte sich derselbe zunächst „dem Darlehen mit hinzugefügtem directen Zinsversprechen bis auf den einzigen Punkt, daß nur der Schuldner kündigen konnte, indem auch üblich wurde, Renten vom ganzen Vermögen zu verkaufen, welches das canonische Recht für einen erlaubten Contract erklärte [7]), ohne sich an den damals noch sehr hohen Zinsfuß [8]) zu stoßen" [9]).

„Die Ablösung der Rente (im oben beschriebenen Sinne) findet sich

---

[1]) c. 10 C. 14 qu. 4.

[2]) C. 14 qu. 4, an liceat clericis vel laicis usuras expetere; qu. 5, an eleemosynae ex usuris fieri possint; qu. 6, an usurarii poenitentiam agere valeant, nisi quod male acceperunt restituant; X, 5, 19 de usuris; in VIto 5, 5, de usuris; Clem. 5, 5, de usuris.

[3]) J. H. Boehmer, jus ecclesiasticum protestantium, Tom. 5, Tit. 19 de usuris § 18, pag. 330; Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland, S. 2 fgg.

[4]) Neumann a. a. O., S. 467—474.

[5]) J. H. Boehmer a. a. O., § 18—23, pag. 330—337; Glück, Erläuterung, Bd. 21, S. 15—29; Neumann a. a. O., S. 107, 108 und sonst.

[6]) J. H. Boehmer a. a. O., § 24, pag. 337; Neumann a. a. O., S. 212—292.

[7]) Cap. 1, 2 Extravag. Comm. Lib. 3, tit. 5 de emptione et venditione.

[8]) Neumann a. a. O., S. 251—273.

[9]) Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, § 107.

bereits im 13. Jahrhundert, und zwar damals schon in den Gesetzen, so 1240 in dem lübeckischen Statut [10])."

„1270 erkannte das Hamburger Stadtrecht die Ablösbarkeit (Wiederkauf) der Rente an [11])."

Und was den Gebrauch anbetrifft, daß der Rentenverkäufer nicht bloß einzelne seiner Grundstücke, sondern sein ganzes Vermögen durch Renten belastete, so zeigen den sichern Uebergang zu dieser wichtigen Umformung des Institutes „die Urkunden, in denen die Rente selbst noch mit dem einzelnen Grundstücke verbunden wird, dagegen für den Fall der Zahlungssäumnis der Käufer sich sofort, oder falls das einzelne belastete Grundstück nicht ausreicht, an die übrigen Güter des Verkäufers soll halten können [12])."

Einen weiteren Fortschritt machte der Rentenkauf, als man dem Schuldner gestattete, sich zu verpflichten: „da er in zalung der järlichen Gülten sich seumig erzeigen würde, alsdann dem Glaubiger alsobaldt die Kauff- oder Hauptsumma neben den Gülten wider zu geben" [13]).

Damit hatte man aber immer noch nicht die vertragsmäßige Darlehenszinse. Und diese wurde vom Reichskammergerichte endgültig erst nach dem Jüngsten Reichsabschiede von 1654 als klagbar anerkannt, in dem man sich hierfür auf § 174 dieses Gesetzes berief; auf Grund dessen sich beim Reichskammergerichte folgende Auffassung festsetzte:

„Die versprochenen Zinsen in Anlehensfällen wären dem Creditori nunmehro zu adjudiciren, jedoch nur von der Zeit des Reichsabschieds an, de An. 1654; wegen derer, ante Recessum, verfallenen und ex stipulatu herrührenden Zinsen aber brauche es noch einer mehreren Untersuchung, ob solche ein Creditor fordern könne, oder nicht" [14]).

Allein schwerlich enthält der angeführte § 174 des J. R. A. einen so allgemeinen Satz; und das Reichskammergericht selber hatte diesen Paragraphen noch im Jahre 1655 ganz anders verstanden [15]).

---

[10]) Neumann a. a. O., S. 234.

[11]) Neumann a. a. O., S. 235.

[12]) Neumann a. a. O., S. 244.

[13]) Deput. Absch. von 1600, § 35.

[14]) von Meiern, Gedanken von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zins-Thalers in Deutschland, S. 137. Vgl. Neumann a. a. O., S. 560 bis 568.

[15]) von Meiern a. a. O., S. 135.

„Es fehlt daher in der That an einer reichsgesetzlichen Bestimmung, welche das Darlehen mit versprochenen Zinsen für erlaubt erklärt hätte, und dessen Gültigkeit gründet sich bloß auf allgemeine Gewohnheit, die allerdings seit jener Zeit sich vollkommen befestigt hat"[16].

Weil aber die vertragsmäßige Darlehenszinse in Deutschland durch Gewohnheitsrecht klagbar geworden ist, hat man sich den Verlauf so zu denken: daß unzählige zinstragende Darlehensverträge werden eingegangen sein, bevor man solche Vertragszinsen einklagen konnte[17].

War denn das nicht ein entsetzlicher Zustand, daß es einmal eine Zeit gab, wo der Gläubiger, der sich Zinsen versprechen ließ, sich in dieser Beziehung lediglich auf Treu und Glauben seines Schuldners angewiesen fand?

Ein gesunder Zustand war dies keineswegs, aber doch auch nicht völlig so schlimm, als es auf den ersten Augenblick scheinen möchte. Denn der Darlehensgläubiger wird dem Schuldner natürlich nur so lange sein Geld gelassen haben, als derselbe prompt seine Zinsen berichtigte. Und von dem Augenblicke an, wo der Gläubiger sein Geld zurückforderte, gewährte man ihm einen Interesseanspruch.

Warum nicht einen auf Mahnungszinsen? Wäre es nicht weit einfacher gewesen: das Zinsenverbot der Kirche auf die Vertragszinse zu beschränken, und die Rechtszinse zuzulassen?

In der That sind derartige Ideen bereits bei Photius († 892) aufgetaucht. Derselbe bemerkt über dies Zinsenverbot der Kirche[18]:

ἐμοὶ φαίνεται πανταχῆ περὶ τῶν ἀπὸ δανείου ἤγουν συμφώνων λελέχθαι, οὐ μὲν ἐπὶ τῶν σιωπηρῶς ἁρμοζόντων ἐξ ὑπερθέσεως ἐπὶ τῶν βοναφίδι ἀγωγῶν.

mir scheint es überall in Bezug auf Darlehens- oder Vertragszinsen gesagt zu sein; nicht aber in Bezug auf Zinsen, die sich in Folge Verzugs bei den gutgläubigen Klagen stillschweigend anfügen.

und beruft sich für seine Ansicht darauf, daß auch bei Vermächtnissen zu frommen Zwecken „*ἐξ ὑπερθέσεως εἶπεν ἀπαιτεῖσθαι τόκους καὶ καρπούς.*"

Allein schon Balsamon, Patriarch zu Antiochia 1193, in seinen

---

[16]) Eichhorn a. a. O., § 108.

[17]) Neumann a. a O., S. 512—535.

[18]) Nomocanon, Tit. 9, Cap. 27, in der Ausgabe von Christoph Justellus, Paris 1615, S. 94; in der bibliotheca juris canonici veteris des Voellus und Heinrich Justellus, Paris 1661, S. 994.

Scholien zum Nomokanon [19]) gibt dieser Ansicht des Photius folgende Wendung:

ἀπαιτεῖν ὡς διαφέρον τόκους τοὺς ἐπισκόπους καὶ τοὺς κληρικούς.

Balsamon läßt also die Zinsen nicht als solche, sondern nur als Interesse gelten.

Und diese Anschauung scheint auch in's Corpus juris canonici übergegangen zu sein. Wenigstens beruft man sich hierfür hauptsächlich auf c. 9 X de arbitris 1, 43; c. un. X de plus pet. 2, 11; c. 48 X de sent. excomm. 5, 39 [20]).

Jedenfalls ist das Deutsche Recht und die Deutsche Praxis erst vermittelst des Interessebegriffes, also auf einem Umwege, wieder zur Mahnungszinse gelangt, wie die gründlichen Untersuchungen Neumann's auf's deutlichste ergeben — obwohl Neumann selber die Begriffe Interesse und Mahnungszinse nicht scharf genug auseinanderhält [21]) — und wie bereits vor ihm v. Meiern für die Praxis des Reichskammergerichts nachgewiesen hatte.

Im einzelnen wären hier nach Neumann folgende Sätze hervorzuheben.

Anlangend den Ersatz des Verzugsschadens „gehen die Deutschen Rechtsquellen vornehmlich in zwei Punkten aus einander, einmal darin, daß sie theils von vorn herein die Ersatzpflicht des säumigen Schuldners aussprechen, theils eine ausdrückliche Uebereinkunft der Parteien zu deren Geltendmachung erfordern" [22]).

„Normirt wird der Schadensersatz in verschiedener Art, und dies bereits seit ältester Zeit. Einige Gesetze stellen selbst oder durch den Richter eine bestimmte Summe, zuweilen je nach dem Stande der

---

[19]) in der Ausgabe des Nomocanon von Justellus, Paris 1615, S. 94; bei Voellus a. a. O., S. 995. Die Ausgabe des Nomocanon wie der Scholien des Balsamon in dem Σύνταγμα τῶν κανόνων von Rhallis und Potlis, Athen 1852—1854, Tom. I—IV, und ebenso die Ausgaben des Cardinals Mai von 1842 und 1860, sowie die Ausgabe des Cardinals Pitra von 1868 (siehe darüber P. Krüger, Zeitschrift für Rechtsgesch., Bd. 9, S. 185—195) waren mir nicht zur Hand.

[20]) Vgl. J. H. Boehmer a. a. O., § 24, pag. 338; Eichhorn a. a. O., § 107, Anm. i; Fritz, Erläuterungen, Bd. 2, S. 46; Neumann a. a. O., S. 20.

[21]) Siehe z. B. a. a. O., S. 163 Worte: „die Zinsen erlaubte man daher".

[22]) Neumann a. a. O., S. 142, 143.

Contrahenten abgemessen, ein für alle Male als Schadensbetrag beim Verzuge hin, indem sie theils gar nicht, theils zur Minderung, theils zur Erhöhung dieser Summe je nach dem wirklich eingetretenen Schaden letztere zu verändern den Parteien gestatten" [23]).

„In der Zeit, als diese gesetzlichen Maximalsätze beginnen, waren die Gläubiger bei Creditgabe in Kauf, Darlehen u. s. w. wegen der vorhin berührten großen Unsicherheit und Gefahr, welche sie übernahmen, nur zu geneigt, bei dem allgemein verbreiteten Verzuge von vorn herein von den Schuldnern bestimmte hohe Schadenssätze zu erpressen. Die Untersagung ihres Gewinnes aus dem Capitalleihen selbst mußte sie noch mehr dazu bewegen. Der Schuldner konnte sich als der Credit- und Geldbedürftige nicht dagegen schützen, obgleich er bei dem Darlehen jener Zeit vielfach nur durch Geldnoth zur Aufnahme desselben bewogen ward. Hier von Gesetzes wegen einzuschreiten, mußte den Gesetzgebern um so näher liegen, als die Polizeitaxen aus dem Boden des kanonischen Rechtes und seiner absoluten Werthbestimmung im Territorialfürstenthume vortrefflich gediehen. Es verweisen hierauf die vielen Klagen der Schuldner und Rechtskundigen jener Zeiten über die zu hohen Verzugsgewinne der Gläubiger, welche jedesmal schon den Keim neuen Verzugs in sich trugen, wie sie andererseits die Gläubiger bei Schließung des Vertrages sehr bereitwillig machten, auf den Fall des Verzuges einzugehen" [24]).

„Diese Vereinbarungen bestimmter Zahlungen als wirklicher Schadensersatz für den Fall des Verzuges sind nicht wucherliche, sie behandeln den eigentlichen Ersatz des Verzugsschadens, und noch hatten die Kirchenrechtslehrer demselben keine andere Grenze, als die Höhe des zu ersetzenden Schadens gezogen. Daran, daß hier das Gesetz oder die Parteien von vorn herein den Schaden taxirten, fand man gemäß den oben berührten Grundsätzen nichts Anstößiges, noch verlangte man, wenn sich später der Schaden geringer erwies, eine Minderung der vereinbarten Summe. — — Und wie leicht zwang man den geldbedürftigen Schuldner bei dem gefesselten Credite zu dieser Uebereinkunft. — — Begegnet doch eine ganze Zahl von Urkunden, in denen Schuldner im Schuldcontracte bereits allen Einreden gegen die Capital- und Schadensforderung des Gläubigers entsagt, dagegen verheißt, ohne alle Widerrede, daher auch ohne Beweis des Schadens

[23]) Neumann a. a. O., S. 146, 147.

[24]) Neumann a. a. O., S. 148.

seitens des Gläubigers den vereinbarten Schadensatz zu zahlen, ja selbst denjenigen Schadensatz, der unvereinbart vom Gläubiger bei eingetretenem Verzuge gefordert würde"[25]).

„Diesem Nothstande des Schuldners zu helfen und den wirklichen Schaden auf gesetzlichem Wege zum Ersatze festzustellen, bemühten sich die Gesetze außer dem bisher behandelten einen Modus mannigfach weiter. Nothwendig war dies noch deshalb, weil schließlich die Contrahenten die Art der gesetzlichen Schadensfixirung erst dort in Kraft treten zu lassen pflegten, wo sie selbst nicht einen Schadensansatz vereinbart hatten. — — Man vereinigte beide bisher streitenden Wege, indem gesetzlich oder conventional ein Fixum gestellt wurde, und aller darüber eintretende, oder, falls solcher eintrat, überhaupt aller Schaden, das Fixum mit eingeschlossen, bewiesen werden mußte. Dieser Modus fiel natürlich zu Gunsten des Gläubigers aus. Daher fand es geeignetere Anwendung, ohne jedes Fixum vom Schuldner allen bewiesenen Schaden ersetzt zu fordern, indem man dem Richter hierbei an einzelnen Orten eine Minderung dieser Forderung gestattete"[26]).

„Danach gelangte man immer näher zu den eigentlichen Verzugszinsen. Es bildete sich allgemach ein fester Satz für den Schaden aus dem Zahlungsverzuge bestimmter Summen"[27]).

„Schließlich wendete man hierbei sogar die Bezeichnung der Procente an, da thatsächlich bereits der Uebergang zu den Verzugszinsen gemacht war, welche den verschiedenen Kapitalbeträgen und der verschiedenen Zeitdauer sich anpaßten"[28]).

„Unter dem zu ersetzenden Schaden begriff man sämmtliche Nachtheile, welche den Gläubiger aus des Schuldners Verzuge betreffen. — — Die Schuldner überbieten sich förmlich in dem Eifer, durch einen Schwall von umfangreichsten Worten den Gläubiger ihrer unbegrenzten Ersatzpflicht zu vergewissern"[29]).

Diese Citate aus Neumann werden uns die Ueberzeugung verschafft haben: daß das heutige Rechtsbewußtsein in der hier fraglichen Beziehung keineswegs auf Römischrechtlicher Grundlage beruht. Das Römische Recht kennt seit den ältesten Zeiten die Vertragszinse.

---

25) Neumann a. a. O., S. 152.
26) Neumann a. a. O., S. 153.
27) Neumann a. a. O., S. 154.
28) Neumann a. a. O., S. 155.
29) Neumann a. a. O., S. 158.

Bereits die Zwölftafel beschäftigen sich mit der Höhe der vertragsmäßigen Zinse. Nam primo duodecim tabulis sanctum, ne quis unciario foenore amplius exerceret: heißt es bei Tacitus [30]). Die Mahnungszinse ist hier eine Nachbildung der Vertragszinse. Und der Interessebegriff verbindet sich bis auf Justinian hinauf nur sehr sporadisch mit der Geldobligation.

Ganz anders gestaltete sich die Sache in Deutschland. Hier erlangte das kanonische Recht mit seinem Zinsenverbote das Uebergewicht vor dem Römischen. Weil aber das Zinsennehmen verboten war, entwickelte sich hier auf dem Gebiete der Geldobligation der Interessebegriff in großer Ueppigkeit. Erst auf dem Umwege des Interessebegriffes gelangte man hier wieder zur Mahnungszinse. Dieselbe tritt uns von Haus aus als ein Surrogat des Interesse entgegen. Sie denkt so wenig daran, eine Nachbildung der Vertragszinse zu sein, daß vielmehr umgekehrt die Vertragszinse erst später zu allgemeiner Anerkennung gelangt, wie die Mahnungszinse.

Diese Entwicklung spiegelt sich auch im Sprachgebrauche ab. Denn hiermit hängt es zusammen, daß man noch heutigen Tags das Wort Interesse, namentlich in seiner Mehrheit Interessen, für gleichbedeutend mit Zinsen gebraucht [31]). So heißt es z. B. bei Orth [32]):

„warum aber nur jene Ausdruckung gewöhnlich und gebührlich Interesse in der Reformat. zu finden: solches mag vermuthlich daher gekommen seyn; weilen die Zinsen in dem Päbstlichen Recht als ein Wucher und Gewinn angesehen und dahero verboten gewesen — — jedoch ist dieses erlaubet und zugelassen worden, daß derjenige, so einem andern Geld geliehen, sich etwas gewisses für den Schaden, welchen er hierdurch leydet, oder für den Nutzen, so er deshalben entbehren muß, habe können versprechen lassen, dann solches für keine Zinsen, sondern das Interesse (Schaden-Geld) gehalten wurde, dahero um die Zeiten des sechzehenden Jahrhunderts in denen Insatz- und andern Verschreibungen nicht wohl andere, als diese Ausdruckungen das gewöhnliche oder gebührliche Interesse oder die gebührliche Pensionen angetroffen werden, da es doch in der That selbsten einerley ist und man dahero

---

[30]) Ann. VI, 16.

[31]) Vgl. Neumann a. a. O., S. 175 fgg.

[32]) Anmerkungen zur Erneuerten Reformation der Stadt Frankfurt, Bd. I, S. 437.

jene nur dem Namen nach verboten, die Sache aber selbsten beybehalten hat, weswegen auch in Praxi die Zinsen gemeiniglich nur das Interesse genennet zu werden pflegen."

Und ähnlich sagt J. H. Böhmer.[33]):

„Inde factum, ut creditores usuras sibi promissas, sub nomine ejus quod interest petierint, quod facile allegare possent, se tantum hoc modo aestimare lucrum cessans et damnum emergens."

Allerdings ist das Römische Recht nicht ohne Einfluß darauf gewesen, daß das nachrömische wieder zur Zinse gelangt ist[34]). Entwickelt hat sich aber immerhin die nachrömische Zinse aus dem Interessebegriff, wie sich namentlich auch an der Praxis des Reichskammergerichts während des 16. Jahrh. ganz deutlich verfolgen läßt.

Diese Praxis, so weit sie hier in Betracht kommt, faßt v. Meiern[35]) in folgende Sätze zusammen:

„I. daß die versprochenen oder verschriebenen jährl. Zinnßen nicht adjudicirt, sondern als ein verbotener und unerlaubter Wucher dem Creditori abgesprochen worden;

II. daß nicht auf die Stipulation oder auf das geschehene Versprechen, sondern auf die moram gesehen, und dahero nur das Interesse morae zuerkannt worden sey;

III. daß solche Mora, wann sie nicht auf andere Art hat erwiesen werden können, von Zeit der Kriegs-Befestigung an, gerechnet worden;

IV. daß das Quantum von solchem interesse morae höher nicht als auf 5 pro Cento angeschlagen worden sey."

Diese Sätze hat von Meiern[36]) dann durch eine Reihe reichskammergerichtlicher Entscheidungen belegt, aus denen für uns vorzugsweise folgende Wendungen von Interesse sind:

Erkenntnis von 1532:

„Daß die Appellanten der gedachten Appellatin die 200 Fl. sammt dem aufgelauffen Interesse zu bezahlen schuldig seyen."

Erkenntnis von 1539:

„die geklagten 600 Fl. sammt gebührl. Interesse — zu entrichten schuldig sey."

---

[33]) a. a. O., § XXIV, pag. 338.

[34]) Neumann a. a. O., S. 474—479.

[35]) a. a. O., S. 111, 112.

[36]) a. a. O., S. 112—121.

Erkenntnis von 1541:

„ferner auch von dem 24. Tag Decembris des verschienen 37. Jahrs, einschlüßlich biß anhero, jedes Jahrs die gefoderten 30 Fl. für das angezogene Interesse von den 600 Fl. Haubt=Guths zu entrichten und zu bezahlen schuldig sey."

Erkenntnis von 1561:

„die angeforderten 1000 Fl. fürgestreckter Haupt=Summe sammt gebührl. Interesse von Zeit des Verzugs anzurechnen, auszurichten und zu erstatten schuldig."

Erkenntnis von 1562:

„seind gedachten Klägern von der verschriebenen 2600 barer Gold=gülden, jedes Jahrs von 100 Fl. 5 gleicher Wehrung, für sein Interesse taxirt."

Erkenntnis von 1563:

„die geklagte 1000 Goldgülden sammt dem jährl. Interesse, nehmlich 5 von hundert, von Zeit in erster Instanz angefangener Rechtferti=gung zu entrichten und zu bezahlen schuldig sey."

Erkenntnis von 1563:

„sampt dem gebürlichen Interesse, nemblich fünff von hundert, von Zeit angefangener Rechtfertigung."

Erkenntnis von 1565:

„sammt dem gebührlichen Interesse, als nehmlich fünff von hundert, von Zeit an der Fastenmeß des 64. Jahrs."

Erkenntnis von 1566:

„sammt gebührl. Interesse, von Zeit des Verzugs anzurechnen, aus=zurichten und zu erstatten schuldig."

Erkenntnis von 1568:

„von wegen des angeforderten und zuerkannten Interesse fünff vom hundert."

Erkenntnis von 1569:

„für das angezogene Interesse je von hundert fünff Gulden jährl."

Erkenntnis von 1570:

„und gedachter Appellant anstatt des verwilligten Wuchers das Interesse von Zeit an des Verzugs so viel er dessen, wie recht, liquidiren und darthun wird, von berührter Summa zu bezahlen schuldig."

Erkenntnis von 1570:

„sammt dem gebührl. Interesse von Zeit an des Verzugs."

Erkenntnis von 1571:

„sammt dem gebührl. Interesse, nehmlich jedes Jahr 5 von 100 von Zeit des Verzugs anzurechnen."

Erkenntnis von 1574:

„sammt dem gebührl. Interesse von Zeit an des Verzugs."

Erkenntnis von 1575:

„das Interesse, so viel er dessen von Zeit an des Verzugs, wie sich zu Recht gebürt, liquidiren und darthun wird."

Erkenntnis von 1576:

„aber das davon gebürende Interesse halben übel geurtheilt, und daß gedachte Appellantin ihr der Appellatin von Zeit an des Verzugs nemlich den 23. Mai an. 63 jährlichs fünff Fl. von hundert — zu bezahlen schuldig."

Erkenntnis von 1580:

„zusammt Interesse, 5 von 100 jährl. von Zeit der Kriegs-Befestigung anzurechnen."

Erkenntnis von 1585:

„sampt gebührl. Interesse von Zeit des Verzugs anzurechnen."

Erkenntnis von 1595:

„aber die zuerkannte Zinse betreffend, übel geurtheilt, wohl davon appellirt, und gedachte Appellanten mehrers nicht, denn 5 von 100 von Zeit an des Verzugs anzurechnen, ihme dem Appellanten zu entrichten und zu bezahlen schuldig seyn."

An diesen Erkenntnissen des Reichskammergerichtes kann man recht deutlich verfolgen: wie sich die nachrömische Mahnungszinse aus dem Interessebegriff entwickelt hat. Während der heutige Richter in das Kapital und einen bestimmten Procentsatz verurtheilt, lauten die reichskammergerichtlichen Erkenntnisse auf Kapital und Interesse. Dabei nimmt man aber verschiedene Abweichungen wahr.

In einem Erkenntnisse, nämlich dem ältesten von 1532, ist nur schlechthin von Interesse die Rede.

In zweien, nämlich aus den Jahren 1570 und 1575, wird dem Gläubiger auferlegt, sein Interesse darzuthun.

Sechs Erkenntnisse sprechen vom gebürlichen Interesse ohne weiteren Zusatz.

In den meisten Erkenntnissen, nämlich zehn, ist dieses Interesse zu fünf Procent veranschlagt.

Und im jüngsten Erkenntnisse, dem von 1595, erscheint die Mahnungszinse bereits ohne Interessebegleitung.

Die nachrömische Mahnungszinse hat sich also aus dem Interessebegriff entwickelt. Und wie man dazu kam, dieses Interesse gerade auf fünf Procent zu taxiren: darüber erhalten wir bei v. Meiern[37]) diesen Aufschluß.

„Weswegen man aber noch vor der Zeit des angezogenen Deputations-Abschieds de an. 1600 eben präcise nur 5 pro cento und nicht mehrere beym Cammer-Gericht ex mora adjudicirt habe, da doch das Römische Recht, welches man quoad quaestionem: an? dem Päbstlichen vorgezogen, nirgend von 5, wohl aber von 4, 6, 8 auch 12 pro cento disponirt; davon wird man wohl keine andere Ursache anführen können, als etwa weil in denen wegen derer wucherl. Contracten von an. 1500 an gemachten Reichs-Verordnungen, insonderheit in denen Reichs-Policei-Ordnungen de 1530, 1548 et 1577, diejenigen Contractus vor wucherlich gehalten worden, worinnen mehr als 5 vom Hundert an wiederkauffl. Zinsen versprochen waren; dahero man solches ob similitudinem argumenti auf das mutuum gezogen: welches daher wahrscheinlich ist, weil sich ante annum 1530 kein Cammer-Gerichts-Urthel findet, darinnen von 5 pro cento etwas stände, indeme biß dahin das quantum legitimum in keiner constitutione imperii determinirt war, sondern am allerersten in der Reformation guter Policei de an. 1530, Tit. 26, § 8, die fünff vom Hundert als rechtmäßige wiederkauffl. und vom Wucher befreyete Zinsen angegeben worden."

Diese Praxis des Reichskammergerichts, welche sich im Laufe des sechszehnten Jahrhunderts herausgebildet hatte, hat dann durch den Deputations-Abschied zu Speyer vom Jahre 1600 § 139 reichsgesetzliche Anerkennung erlangt. Mit diesem Reichsgesetze wollen wir uns im folgenden Paragraphen näher beschäftigen.

§ 81.

Zinsen. — Das geltende Recht.

Der Deputations-Abschied zu Speyer vom Jahre 1600 lautet in seinem § 139 also:

---

[37]) a. a. O., S. 125, 126. Vgl. damit Neumann a. a. O., S. 156, 539 fgg.

„So viel nun diesem nach den zum Eingang jetzigen Abschieds angeregten Punctum mutui anlangen thut, haben sich der Churfürsten, deputirter Fürsten und Stände anwesende Rähte und Gesandte erinnert, was derentwegen bey gehaltenem Deputationtag zu Wormbs im Jahr achtzig sechs der wenigern Zahl fürgangen; unsere damals anwesende Commissarien auch sich mit jnen verglichen, das nemblich in dem vorgefallenen streit, — ob nit in contractibus mutui, damit die Partheyen in puncto liquidationis an unserm Keys. Cammergericht deß langweiligen Proceß enthaben sein möchten, auch jetzt gemeldt Cammergericht damit nit überladen, ein gewisses loco interesse a tempore morä zu statuiren und zu setzen, — vor billich geachtet worden, wan der Schuldner in mora restituendi pecuniam mutuam ist, daß er seinem Glaubiger von derselben zeit hero (der vermuthung halben, daß der Creditor sein Geldt, von solcher zeit an, anlegen, und zugelassener weise von hundert fünff wol haben möge,) das interesse zu entrichten und gut zu machen schüldig seye; welches wir uns auch gnedigst also gefallen lassen: So ordnen und wöllen wir nachmals, daß solch interesse a tempore morä erstattet, und derentwegen den Creditoren fünff Gülden vom hundert bezahlt werden, oder aber, da dem Creditori solche fünff Gülden nit annemblich, sondern er vermeinen wolte, tam ex lucro cessante, quam damno emergente, ein mehrs zu fordern, daß jme alßdann sein gantz interesse zu deducirn, gebürlich zu liquidirn und zu bescheinen, und der Richterlichen erkantnuß darüber zu gewarten, unbenommen seyn sol."

Dieses Reichsgesetz, das seinem wesentlichen Inhalte nach in dem Concept der Kammer-Gerichtsordnung von 1613, Theil 3, Tit. 60, § 1, 2, wiederholt worden, bildet für die heutige Mahnungszinse die Hauptgrundlage.

Vergleichen wir diese reichsgesetzliche Mahnungszinse mit der Römischen, so traten bis jetzt folgende Verschiedenheiten hervor:

1. Die Römische Mahnungszinse, wie die Rechtszinse überhaupt, war eine Nachbildung der Vertragszinse. Die nachrömische Mahnungszinse hingegen war der Vorläufer der Vertragszinse.

2. Die Römische Mahnungszinse sollte für den Schuldner eine Benachtheiligung sein, die reichsgesetzliche ist von Haus aus ein Interesse-Surrogat.

3. Nach Römischem Recht mußte der Gläubiger mit der Mahnungszinse zufrieden sein. Nach dem Reichsgesetze hat der Gläubiger

die Wahl: ob er sich mit dieser Zinse begnügen, oder ein größeres Interesse, tam ex lucro cessante quam damno emergente, nachweisen will.

4. Die Römische Mahnungszinse richtete sich nach der Ortsüblichkeit; die reichsgesetzliche ist auf fünf vom Hundert festgesetzt.

5. Das Ursprungsgebiet der Römischen Mahnungszinse war die gutgläubige Obligation; das der nachrömischen das Darlehen.

Werfen wir dann weiter die Frage auf: wie sich im übrigen die Mahnungszinse im heutigen Recht ausnimmt — so wären vornämlich noch folgende Punkte in's Auge zu fassen.

Anlangend zunächst das Gebiet, so werden wir beim Darlehn nicht stehen bleiben wollen. Sehen wir uns aber dann darnach um: wie weit wir dies Gebiet ausdehnen wollen, so muß man in dieser Beziehung meines Erachtens den Satz aufstellen: das Gebiet der Mahnungszinse reicht im allgemeinen so weit, wie das der Mahnung überhaupt.

Die herrschende Meinung macht hier freilich Ausnahmen, die dem Corpus Juris civilis entlehnt sind.

So soll z. B. die Mahnung bei fiscalischen Geldstrafen diesen Anspruch nicht hervorrufen[1]). Allein diese Ausnahme beruht nach meinem Dafürhalten geradezu auf Gedankenlosigkeit. Das Gebiet der Mahnungszinse nach Römischem Rechte war vorzugsweise: die gutgläubige Obligation und das Vermächtnis. Nun nimmt man doch auch sonst an: daß die Sätze, welche das Römische Recht für die gutgläubige Obligation aufgestellt hat, heutzutage nicht auf diese Obligationengattung zu beschränken seien, sondern gleichmäßig auf alle Obligationen Anwendung leiden; warum soll es sich denn hier anders verhalten?

Wollte man aber das Römische Recht in dieser Beziehung berücksichtigen: warum beschränkte man sich dann nicht auf das Vermächtnis und die gutgläubige Obligation? warum ließ man dann z. B. die Mahnungszinse bei der condictio indebiti zu? Was hat denn die arme fiscalische Geldstrafe verschuldet, daß gerade sie unter allen Obligationen in dieser Beziehung zum Aschenbrödel ausersehen wurde?

Und dann erwäge man Folgendes. Wenn eine Geldstrafe in die

---

[1]) v. Madai a. a. O., S. 380, 381; Mommsen a. a. O., S. 243; Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 380, Nr. 1.

Kasse des Fiscus fließt, dann soll die Mahnung keine Wirkungen, haben; wenn dagegen die Geldstrafe einer Stadtkasse zu gute kämee dann soll unsere Mahnung einen Zinsenanspruch erzeugen. Das wär doch wunderbar!

Vielleicht möchte man aber meinen: daß wenigstens die Römischen Ausnahmen heutzutage noch anzuwenden seien, die auf dem Gebiete vorkamen, wo sich die Römische Mahnungszinse im allgemeinen bewegte. Auch hierfür vermag ich indes wahrlich keinen Grund ausfindig zu machen.

Es kommen in dieser Beziehung folgende zwei Ausnahmen in Betracht.

Der Satz „fiscus ex suis contractibus usuras non dat"; und der andere: daß Gemeindebeamte, welche wegen ihrer Amtsführung für andere in Anspruch genommen werden, nur das Capital, aber keine Zinsen zu erstatten brauchen [2]).

Was nun zunächst die zweite Ausnahme anbetrifft, so hat man dieselbe in neuerer Zeit glücklicherweise meistens vergessen gehabt. Hier liegen heutzutage die Verhältnisse auch wesentlich anders, als nach Römischem Recht. Die Römischen Gemeindebeamten schlossen auf ihren, nicht der Gemeinde Namen ab [3]). Also mußten auch sie selber, und nicht die Gemeinde, dafür sorgen: daß die von ihnen abgeschlossenen Verträge rechtzeitig und gehörig erfüllt wurden. Der Gemeinde selber fehlte es dem dritten gegenüber sogar an einer unmittelbaren Berechtigung. Heutzutage dagegen werden derartige Verträge, z. B. Verpachtung eines Gemeindegrundstückes, direct auf den Namen der Gemeinde abgeschlossen. Diejenigen Beamten, welche diesen Vertrag abschließen, können möglicherweise ganz andere sein, als diejenigen, welche darauf zu sehen haben: daß der abgeschlossene Vertrag gehörig und rechtzeitig erfüllt werde. Freilich sind die betreffenden Gemeindebeamten heutzutage, wie überhaupt, so auch in dieser Beziehung verantwortlich; aber doch nur soferne sie ein Verschulden trifft. Trifft sie aber ein Verschulden, so haben sie den angestifteten Schaden zu voll zu ersetzen, und können namentlich auch auf Freisein von Mahnungszinsen keinen Anspruch erheben. Endlich ist es ganz einerlei, ob derjenige Beamte, welcher auf gehörige Erfüllung des Vertrages zu achten hatte, bei dessen Abfassung betheiligt war, oder nicht.

---

[2]) Siehe oben § 77 S. 180.

[3]) Siehe Band I § 225 S. 256, 257.

Man setze folgenden Fall. Der Pächter eines Gemeindegrundstückes ist mehrere Jahre mit Zahlung des Pachtgeldes in Rückstand gewesen und macht darauf Concurs. Die Gemeinde ist durch den erhaltenen Pachtvorschuß und die Concursmasse bis auf einen Ausfall von 2000 Thalern gedeckt. Von diesen 2000 Thalern hätte die eine Hälfte Johannis 1869, die andere Hälfte Johannis 1870 berichtigt sein müssen. Wenn nun der betreffende Gemeindebeamte, dessen Nachlässigkeit dieser Ausfall zuzuschreiben, Johannis 1871 den Schaden ausgleichen wollte; so kommt er nicht mit 2000 Thalern frei. Denn der Gemeinde sind ja nicht bloß diese 2000 Thaler, sondern auch das Interesse=Surrogat an Zinsen verloren gegangen. Gesetzt, der Pächter wäre plötzlich durch eine Erbschaft wieder zu Vermögen gelangt, so würde man von ihm fordern: 1000 Thaler nebst zweijährigen Mahnungszinsen in Folge der Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger", und 1000 Thaler nebst einjährigen Mahnungszinsen, also im ganzen 2150 Thaler. Und diese 2150 Thaler muß auch der betreffende Gemeindebeamte, so gut, wie jeder andere Nebenverpflichtete es müßte, berichtigen [4]). Denn das Verhältnis des Gemeindebeamten in der hier fraglichen Beziehung ist kein anderes, als das eines Nebenverpflichteten.

Außerdem spricht gegen die Beibehaltung dieser Ausnahme im heutigen Recht Vieles von dem, was gegen die jetzt in Betracht zu ziehende vorzubringen ist.

Nach der herrschenden Meinung soll nämlich wie der Römische Fiscus bei der gutgläubigen Obligation, so der heutige Fiscus bei allen von ihm abgeschlossenen Verträgen von Mahnungszinsen frei sein [5]). Ich vermag indes mit dem besten Willen aus dem hier in Frage kommenden Reichsgesetze nicht herauszulesen: daß zunächst beim Darlehn irgend jemand privilegirt sein sollte. Müssen wir aber dies für das Darlehen behaupten, so werden wir es auch für alle übrigen Obligationen anzunehmen haben.

Der Irrthum, den sich hier die herrschende Ansicht zu Schulden kommen läßt, beruht auf einem Verkennen des Entwicklungsganges, den die nachrömische Mahnungszinse durchgemacht hat. Die Römischen

[4]) Siehe Bd. I, S. 248 und sonst.

[5]) Vgl. v. Madai, S. 374—376. Mommsen, S. 243. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 280, Nr. 1.

Grundsätze über die Vertrags- wie Rechtszinsen galten im allgemeinen durch das kanonische Recht für beseitigt. Auf einem Umwege, aus dem Interessebegriff heraus, brach sich dann aber wieder die nachrömische Mahnungszinse Bahn. Für die heutige Mahnungszinse kommt vor allen Dingen das Reichsgesetz in Betracht, und das Römische Recht höchstens soweit, als es mit diesem Reichsgesetz nicht in Widerspruch steht. Statt dessen hat man die Sache aber gerade umgekehrt. Man hat das Römische Recht als die Hauptsache behandelt, dem das Reichsgesetz eingefügt werden müßte. Und so hat man denn auch dieses Privilegium des Römischen Fiscus auf unser heutiges Recht übertragen wollen. Allein dasselbe ist um so lieber Preis zu geben, als es für dasselbe zudem an jedem innern Grunde fehlt.

Für den Fiscus hier etwas Besonderes annehmen: würde ferner dem Geiste der Reichsgesetzgebung und dem Entwickelungsgange des nachrömischen Rechtes durchaus widersprechen. Denn gerade die Deutschen Fürsten konnten sich mit der kanonischen Zinsenlosigkeit am allerwenigsten vertragen [6]).

Dann wäre noch dies zu beachten. Die Zinsenfreiheit des Fiscus, in der Nacktheit, wie das Römische Recht sie bei Vertragsverhältnissen hat, ließe sich auf heutigen Rechtsboden kaum verpflanzen. Denn da die Mahnungszinse heutzutage als Interesse-Surrogat erscheint, würde man weiter gehen müssen, und einem Fiscus gegenüber, der eine Mahnung unbeachtet läßt, jeden Interesseanspruch versagen. Und wie das eine immer das andere nach sich zieht, käme man am Ende dahin: den Fiscus von allen Mahnungsnachtheilen freizusprechen.

Daß ein derartiger Satz sein sehr Bedenkliches hätte, ist auch Mommsen nicht entgangen. Derselbe bekennt sich daher zu folgender Auffassung [7]):

„Die Ausschließung der Verzugszinsen bei den Geldschulden des Fiscus beruht nicht auf innern Gründen, sondern allein auf einem dem Fiscus ertheilten Privilegium, welches nicht ausgedehnt werden kann."

Darnach könnte also ein Gläubiger von einem Fiscus zwar nicht ohne weiteres Mahnungszinsen verlangen; es wäre ihm aber unverwehrt, sein Interesse geltend zu machen.

[6]) Neumann a. a. O., S. 519—520.

[7]) a. a. O., S. 252.

Dieser Ansicht gegenüber rufe man sich einmal wieder die Motive des Reichsgesetzes in's Gedächtnis zurück. Die Mahnungszinse wurde eingeführt, „damit die Partheyen in puncto liquidationis an unserm Keys. Cammergericht deß langweiligen Proceß enthaben sein möchten"; und das Reichskammergericht mit derartigen Liquidationen nicht überbürdet würde. Bietet dieses Gesetz der Ansicht nun wohl den geringsten Stützpunkt dar: daß ein Gläubiger, der einen Fiscus verklagt hatte, den langweiligen Liquidationsproceß durchmachen müsse, und auf die Wohlthat dieses Gesetzes keinen Anspruch habe?

Die Richtigkeit des Satzes für das heutige Recht: daß der Fiscus von Mahnungszinsen frei sei — ist übrigens auch schon von andern Schriftstellern angefochten worden.

So behauptet Grönewegen[8]) anlangend den in fr. 17 § 5 Us. 22, 1 enthaltenen Satz „fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit" ganz allgemein:

> „Hodie fiscus jure communi utitur, adeoque et ex suis contractibus usuras non magis accipit, quam dat, et contra."

Strube meint: daß diese Zinsenfreiheit jedenfalls auf öffentliche Landeskassen, insonderheit die Kriegskasse keine Anwendung leiden könnte. Er sagt in dieser Beziehung [9]):

> „Die Römer unterschieden den Fiscum vom Aerario. Jenem flossen die Aufkünfte ein, welche der Princeps außer den Steuern zu erheben hatte, und solche Verfassung hat vermuthlich so lange gedauert, als Rom der Kaiserliche Sitz gewesen. Sonder Zweifel aber war sie zu den Zeiten des Papinian und Paulus, aus deren Schriften die angeführten Gesetze genommen sind, im Gebrauch. Bei uns macht man eben einen solchen Unterschied, daher der Kriegskasse die Rechte nicht zu Statten kommen, die dem Fisco die Römischen Rechte beilegen."

Ferner heißt es bei Quistorp [10]):

> „Da jedoch die deutschen Reichsgesetze die Verzugszinsen ohne Einschränkung billigen, die buchstäbliche Anwendung des L. 17 § 5

---

[8]) Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus. Noviomagi, 1664, pag. 167.

[9]) Rechtliche Bedenken, Hannover 1827, Bd. 2, Bedenken 372, S. 153, 154.

[10]) Rechtliche Bemerkungen, Leipzig 1798, Thl. 2, S. 197—199.

de Usur., wornach der Fiscus zu keinen Verzugszinsen gehalten ist, in manchen Fällen eine große Unbilligkeit mit sich führen würde, so pfleget man bei vielen Gerichten, wann ein solcher Fall der Unbilligkeit vorhanden, auch die Verzugszinsen dem Gläubiger einer fürstlichen Kammer zuzubilligen."

Endlich mag noch darauf hingewiesen werden: daß das Zinsenprivilegium des Fiscus vom Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel in einem sehr beschränkten Sinne verstanden wurde [11]).

Dagegen hat das Oberappellationsgericht zu Darmstadt in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1825 und 1835 die Befreiung des Fiscus von Mahnungszinsen unumwunden anerkannt [12]).

Somit dürfte der Satz: daß das Gebiet der Mahnungszinse heutzutage soweit reiche, wie das der Mahnung überhaupt; und daß wir keineswegs nöthig haben, die Ausnahmen, welche die herrschende Meinung in dieser Beziehung macht, anzuerkennen — hinlänglich vertheidigt sein. Bemerken will ich nur noch: daß es nicht an ältern Schriftstellern gefehlt hat, welche die neuern in Aufstellung von Ausnahmen noch überboten haben. So schließt z. B. Graß [13]) die Mahnungszinse unter anderm aus: bei der condictio indebiti, bei der transactio per contractum innominatum „facio ut des" inita, sowie in casu proxenetici nudo pacto promissi et inde prognatae condictionis ex moribus. Eine Widerlegung dieser Graß'schen Ansicht ist in der vorangehenden Darstellung zur Uebergenüge enthalten; und ich würde dieselbe gar nicht einmal erwähnt haben, wenn nicht noch das Seuffert'sche Archiv ähnliche Beispiele einer verkehrten Anwendung des Römischen Rechtes lieferte.

So ließ z. B. das vormalige Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel bei der condictio ob turpem et injustam causam, der condictio sine causa und der condictio indebiti keine Mahnungszinsen zu [14]). Und das Oberappellationsgericht zu Dresden hat noch im Jahre 1861 den Satz aufgestellt [15]): daß die einfache Mahnung

---

[11]) Vgl. Waldeck, Controversen-Entscheidungen, Braunschweig 1827, S. 143–154.

[12]) Seuffert's Archiv, Bd. 18, Nr. 24.

[13]) Collationum juris civilis Romani Sect. VI § 1, Tubingae 1723, pag. 276.

[14]) Seuffert's Archiv, Bd. 10, Nr. 55.

[15]) Seuffert's Archiv, Bd. 15, Nr. 132.

bei der condictio indebiti nur dann einen Zinsenanspruch erzeuge, wenn nachgewiesen werden könne, daß der Schuldner selbst von dem indebite Empfangenen Zinsen gezogen habe.

In ähnlicher Weise hat das Oberappellationsgericht zu Celle im Jahre 1839 entschieden [16]: „daß der Empfänger einer Nichtschuld überall nicht gehalten sei, darauf Zinsen vom Tage des Empfanges bis zu dem der Insinuation der auf Restitution gerichteten Klage zu zahlen."

Andererseits finden sich in Seuffert's Archiv aber auch richtige Entscheidungen.

So hat das Oberappellationsgericht zu Stuttgart und zu Cassel [17] die Mahnungszinse bei der condictio indebiti, sowie das Oberappellationsgericht zu Wiesbaden [18] die Mahnungszinse bei Condictionen überhaupt anerkannt.

So viel über das Gebiet der heutigen Mahnungszinse. Was den Lauf derselben anbetrifft, so endet derselbe heutzutage erst mit der Erfüllung [19]. Dies folgt schon daraus, daß die Mahnungszinse heutzutage ein Interesse=Surrogat ist; also ein Aequivalent für einen Vermögensunterschied, dessen Endpunkt durch den Augenblick der Erfüllung bestimmt wird. Auf das Römische Recht wird man hier um so weniger zurückgreifen wollen, als der Zeitpunkt des Urtheils hier nur unter der Voraussetzung den Zinsenlauf hemmen konnte, daß es überall zu einem Urtheile kam. Bei jeder Erfüllung vor dem Urtheile endete auch nach Römischem Rechte der Zinsenlauf mit der Erfüllung. Ferner hemmte das Urtheil den Zinsenlauf bei den gutgläubigen Obligationen gar nicht einmal ausnahmslos.

Von den Römischen Urtheilszinsen kann, soweit unsere Mahnung in Betracht kommt, jedenfalls keine Rede sein. Denn das Reichsgesetz bewilligt dem Gläubiger nur unter der Voraussetzung mehr als fünf vom Hundert, wenn er im Stande ist, ein weiter gehendes Interesse nachzuweisen. Dann sollte er aber auch nicht gerade zwölf Procent haben, sondern nur so viel, als sein Interesse beträgt.

Dazu kommt, daß die Römischen Urtheilszinsen in Deutschland überhaupt nicht recipirt sein dürften; mindestens belaufen sie sich nicht

---

[16]) Seuffert's Archiv, Bd. 13, Nr. 97.
[17]) Seuffert's Archiv, Bd. 1, Nr. 59.
[18]) Seuffert's Archiv, Bd. 2, Nr. 59.
[19]) Mommsen, S. 247.

auf mehr als fünf von hundert. Dies letztere behauptet z. B. Stryck[20]):

„Pariter nec usurae rei judicatae quae olim erant centesimae — — hodie majores sunt quam usurae ordinariae.“

Dagegen scheint Lauterbach die Urtheilszinsen ganz zu verwerfen. Er sagt in dieser Beziehung[21]):

„Imp. Justinianus eas (centesimas) tanquam duras et gravissimas limitavit et in certis tantum personis et commerciis approbavit, — — in causa rei judicatae, sive post rem judicatam, post quadrimestres inducias; quod tamen usu forensi non observatur. Et putat Voetius tunc locum habere, si dilata fuerit ultra annum executio sententiae; sed in Camera Imp. jam octennium non vidi observari.“

Auch v. Savigny[22]) und Mommsen[23]) scheinen von den Urtheilszinsen im heutigen Recht überhaupt nichts wissen zu wollen. Windscheid[24]) freilich hält gar noch an der zwölfprocentigen Urtheilszinse fest, indem er meint: daß ein fester abändernder Gerichtsgebrauch sich nicht werde nachweisen lassen. Allein es fragt sich zunächst: ob ein derartiger Nachweis überall erforderlich ist.

Allerdings hatten nach § 3 der Kammergerichtsordnung von 1495 Richter und Beisitzer „nach des Reichs gemeinen Rechten“ zu richten; und unter den „gemeinen Rechten“ ist jedenfalls das Römische mitzuverstehen[25]). Aber mit dem Römischen Zinsenrecht hatte es seine ganz besondere Bewandtnis. Dies galt im allgemeinen durch das kanonische Recht für beseitigt. Noch im Jahre 1655 erkannte das Reichskammergericht, wie wir gesehen haben, die vertragsmäßige Zinse überhaupt nicht für klagbar an; und später nur für die Zeit nach

---

[20]) Usus modernus pandectarum, Halae Magdeburgicae 1716, ad Lib. 22, Tit. 1, § 11, Pars II, pag. 792.

[21]) Collegium pandectarum, Tubingae 1784, Tom. II, pag. 175—176 ad Lib. 22, tit. 1, § 22.

[22]) System, Bd. 6, S. 412.

[23]) a. a. O. S. 247.

[24]) Pandekten, Bd. II, § 260, Anm. 4.

[25]) Stobbe, Geschichte der Deutschen Rechtsquellen, zweite Abtheilung, S. 86.

Erlaß des J. R. A. So weit das Römische Zinsenrecht heutzutage gilt, beruht es im allgemeinen auf einer spätern Reception. Wo es sich demnach in dieser Materie um Römische Rechtssätze handelt, deren Reception zweifelhaft ist: hat nicht derjenige, welcher die Ungültigkeit, sondern wer die Gültigkeit behauptet, den betreffenden Nachweis zu führen. Ob es aber möglich sein wird, die heutige Gültigkeit der Römischen Urtheilszinsen darzuthun, dürfte mehr als zweifelhaft sein. Denn daß ein Schuldner einem rechtskräftigen Erkenntnisse nicht rechtzeitig Folge leistet: kommt täglich vor. Daß aber in einem solchen Falle Urtheilszinsen auch nur gefordert seien: davon habe ich wenigstens, nicht einmal vom Hörensagen, jemals etwas erfahren.

Man wird dieser Ausführung nicht entgegenhalten wollen: daß das Römische Recht von den Reichsgesetzen nicht sowohl sanctionirt, als vielmehr vorausgesetzt sei; daß die Geltung des Römischen Rechtes für Deutschland auf einem allgemeinen Gewohnheitsrechte beruhe; daß das Corpus juris civile in complexu recipirt sei. Denn diese Reception in complexu bedeutet nur: „daß wo es an einheimischen (gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen) Rechtssätzen fehlt, die Ergänzung aus dem Justinian'schen Gesetzbuch eintreten soll“ [26]). Nun ist aber das Römische Zinsenrecht ein Rechtsgebilde, das anerkanntermaßen einmal aufgehoben war; dasselbe kann demnach unmöglich mit dem Römischen Rechte im allgemeinen auf gleicher Stufe stehen. Wer sich also auf Römisches Zinsenrecht beruft, wird im Zweifel dessen Gültigkeit zu beweisen haben. Solche zweifelhafte Fälle sind z. B. die Urtheilszinsen; der Zinsenanspruch, welchen die Minderjährigkeit als solche verleihen soll [27]), das Zinsenprivileg des Fiscus [28]). Und hiervon werden wir bei den Mahnungszinsen um so mehr auszugehen haben, als den heutigen Mahnungszinsen eine ganz andere Vorstellung wie den Römischen zu Grunde liegt.

Dagegen fehlt es andererseits keineswegs an Bestimmungen des Römischen Rechts, die Anspruch auf heutige Anwendung erheben können, zumal und so weit sie dem Charakter der heutigen Mahnungszinse, als Interesse-Surrogat, nicht zuwiderlaufen.

Hierher gehört z. B. der Satz, daß die Mahnungszinse nur als

---

[26]) Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. I, S. 17.
[27]) Siehe Bd. I, S. 66, 67.
[28]) Siehe oben § 77, Text bei Anm. 89, S. 183.

Geldzinse zulässig sei. Dieser Satz des Römischen Rechts war eigentlich eine Abweichung von der Grundauffassung: wonach in der Mahnungszinse und der Rechtszinse überhaupt eine Nachbildung der Vertragszinse erblickt wurde. Denn das Römische Recht kennt z. B. ein Getreidedarlehen mit vertragsmäßiger Getreidezinse, die noch dazu besonders begünstigt war [29]). Dagegen vom Standpunkte des Interesse-Surrogates aus erscheint es als durchaus angemessen: die Mahnungszinse nur in Geld bestehen zu lassen. In dieser Weise hat sich denn auch das Oberappellationsgericht zu Cassel ausgesprochen [30]), obwohl das Oberappellationsgericht zu Dresden Natural-Getreidezinsen als Mahnungszinsen zuläßt [31]).

Nicht zu verwechseln hiermit ist die Frage: ob die Mahnungszinse nur bei Geldschulden vorkomme? Indem das O. A. G. zu Cassel a. a. O. die Mahnungszinsen auch hierauf beschränkt, scheint es mir zu weit zu gehen. Andererseits freilich dürfte eine unbedingte Anwendung des Römischen Rechtes in dieser Beziehung auch nicht thunlich sein: wir müssen nämlich heutzutage bei der Mahnungszinse vor allen Dingen den Gesichtspunkt des Interesse-Surrogates zu wahren suchen.

Betrachten wir uns also zunächst die Fälle, über welche die Römischen Rechtsgelehrten bereits nachgedacht haben; und sehen wir zu: ob und was vom Gesichtspunkt des Interesse-Surrogates aus an deren Entscheidungen nicht haltbar.

Papinian meint [32]): wenn jemand goldene oder silberne Gefäße deshalb vermacht habe, damit der Vermächtnisnehmer sie veräußere, dann könne dieser Mahnungszinsen beanspruchen; nicht aber wenn er sie behalten sollte.

Nun gibt es aber viele Mittelfälle: z. B. es wäre dem Testator ganz gleichgültig gewesen, ob der Vermächtnisnehmer verkauft hätte oder nicht; ein Verkauf unter den obwaltenden Umständen hätte aber zu den größten Unwahrscheinlichkeiten gehört.

Diesen Mittelfall würde man vom Standpunkte Papinian's aus dahin zu entscheiden haben: daß der Erbe Mahnungszinsen entrichten müsse. Denn der Papinian'sche Grund „Strafe muß sein" trifft

---

[29]) c. 12, c. 23, c. 26 § 1 C. de usuris 4, 32.

[30]) Seuffert's Archiv, Bd. 10, Nr. 142.

[31]) Seuffert's Archiv, Bd. 4, Nr. 103.

[32]) fr. 3 § 4 Us. 22, 1.

auch hier zu; und das Papinian'sche Erröthen läßt sich hier nirgends anbringen.

Wen würde ferner nach Römischer Auffassung die Beweislast treffen, wenn aus dem Testamente nicht klar hervorginge, oder aus anderweitigen Umständen nicht ersichtlich wäre: daß der Vermächtnisnehmer die Gefäße behalten sollte? Den Erben. Denn nach der Römischen Grundanschauung sollte den gemahnten Schuldner regelmäßig ein Nachtheil treffen; die Ausnahme hätte also nöthigenfalls der Schuldner zu beweisen.

Ueberhaupt muß man vom Standpunkte Papinian's aus sagen: es genügt zu diesem Zinsenanspruch schon der bloße Umstand, daß der Vermächtnisnehmer zur Veräußerung befugt war, und diese Veräußerung sich nicht als eine unsittliche Handlung herausgestellt hätte.

Heutzutage hingegen wird man in einem Falle, wie dem vorliegenden, einen Zinsenanspruch nur unter der Voraussetzung gewähren können, wenn der Vermächtnisnehmer nachzuweisen im Stande ist: daß, und um wie viel er verkauft hätte. Die Frage steht in innigem Zusammenhange mit einer andern: in wie fern der gemahnte Schuldner für Zufall hafte [33]). Ueber die in dieser Beziehung gezogene Grenzlinie dürfen wir nicht hinausgehen. Denn sonst könnte es sich ja ereignen: daß der Schuldner zwar in Bezug auf die Sachleistung frei wäre, aber Mahnungszinsen zu erstatten hätte.

Wir bemerkten früher: daß Mommsen die Papinian'sche Stelle unrichtig ausgelegt habe [34]). Gleichwohl ist die Mommsen'sche Ansicht, wie wir sie kennen gelernt haben, vom Standpunkte des heutigen Rechts aus vollkommen richtig.

Die andere jetzt in Betracht zu ziehende Stelle rührt von Ulpian her [35]). Sie bezieht sich zwar auf einen Fall, wo meines Erachtens heutzutage wenigstens die einfache Mahnung keinen Anspruch auf Zinsen hervorbringt [36]): das thut indes hier weiter nichts zur Sache.

Ulpian meint: wenn jemand einer Gemeinde versprochen habe, er wolle ein opus errichten, z. B. eine Säule setzen [37]), daß er dann bei nichtbeachteter Mahnung zur Zinsenzahlung verpflichtet sei.

Betrachten wir diesen Fall vom Gesichtspunkte des Interesse=

---

[33]) Siehe oben § 65, 66, besonders S. 45—47.

[34]) Siehe oben § 79, S. 224.

[35]) fr. 1 pr. de poll. 50, 12.

[36]) Siehe oben S. 177.

[37]) Vgl. fr. 1 § 5 de poll. 50, 12.

Surrogates aus, so scheint folgende Entscheidung nahe zu liegen. Für das Wohl und Wehe der Gemeindekasse ist es ziemlich gleichgültig, wann die betreffende Säule gesetzt wird; also keine Mahnungszinsen. Es ist indes auch noch eine andere Auffassung möglich.

Allerdings legt das Reichsgesetz allen Nachdruck darauf: daß der Creditor sein Geld anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten von hundert fünf wohl haben möge. Darum ist nur nicht minder wahr: daß auch ein Schuldner das Geld, welches er schuldete, ebenfalls anlegen, und zum wenigsten von hundert fünf wohl haben mochte. Also ein Schuldner, welcher fünfprocentige Mahnungszinsen zu zahlen hat, leidet im Grunde gar keinen Nachtheil: es wird durch diese Zinsenpflicht nur verhütet, daß der Schuldner sich nicht auf Kosten des Gläubigers bereichere. Es kann sogar sein, daß das Geld, welches der Schuldner dem Gläubiger vorenthält, ihm viel mehr als fünf vom Hundert einbringt.

Das Reichsgesetz geht vom Interesse-Standpunkt aus, und faßt die Mahnungszinse lediglich als Interesse-Surrogat auf. Mit dem Interesse-Standpunkt allein reichen wir aber einem gemahnten Schuldner gegenüber überhaupt nicht aus. Neben dem Interesse-Standpunkt macht sich auch der Bereicherungsstandpunkt geltend [38]). Ein gemahnter Schuldner hat auch das herauszugeben, um was er nicht bereichert wäre, wenn er die Mahnung beachtet hätte, z. B. auch die auf ein Kapital eingenommenen Zinsen [39]). Es fragt sich also nur: ob in den Fällen, wo zwar kein Interesseanspruch, wohl aber ein Anspruch auf die Bereicherung vorhanden, dem Gläubiger nur dann diese Bereicherung zugebilligt werden kann, wenn und so weit er im Stande ist, sie zu beweisen; oder ob sich nicht das Reichsgesetz auch auf diesen Fall analog anwenden ließe und wir den Gläubiger auch hier des langweiligen Processes entheben könnten, wenn er statt der auf Seiten des Schuldners vor sich gegangenen Bereicherung fünfprocentige Mahnungszinsen begehrte? Ich wüßte nicht anzugeben: was einer analogen Anwendung des Reichsgesetzes im Wege stehen sollte.

Man setze folgenden Fall. Ein Testator legt seinen Erben die Verpflichtung auf: für seine Vaterstadt eine Wasserleitung zu bauen.

---

[38]) Vgl. unten § 82.

[39]) fr. 44 § 1 ad S. C. Treb. 36, 1.

Die Erben zögern aber Jahre lang damit, ehe sie zur Erledigung dieser Auflage auch nur die geringsten Anstalten treffen. Eine solche Wasserleitung koste zehntausend. Warum soll denn hier eine Mahnung nicht insofern wirken können, daß die Erben verpflichtet sind, diese zehntausend bis zu dem Zeitpunkte zu verzinsen, wo sie Anstalten trafen, dem Willen des Testators nachzukommen? Oder ist es etwa billig, daß man den Erben jahrelang die ungeschmälerte Nutzung dieses Kapitales überläßt?

Das Bedenkliche einer derartigen Entscheidung fällt noch mehr in die Augen, wenn wir annehmen: daß der Testator die Summe von zehntausend ausdrücklich in seinem Testamente zu dem angegebenen Zwecke ausgesetzt hatte. Für Fälle dieser Art hatte das Römische Recht sogar eine eigne Art Rechtszinse[40]); von der mir freilich zweifelhaft ist, ob sie mit recipirt worden. Und läßt man hier nur unsere Mahnungszinse eintreten, so dürfte man diese Römische Besonderheit auch kaum vermissen.

Dazu kommt: daß die in dieser Beziehung hauptsächlich in Betracht kommende Stelle, fr. 5 pr. de op. publ. 50, 10, wie die Handschriften sie haben, durchaus unverständlich und wesentlich lückenhaft sein dürfte. Th. Mommsen schlägt hier nicht weniger als drei Einschiebungen vor: post sex menses hinter si minus; ein de zwischen aut und loco; und aut vor semisses. Es hat aber an sich schon sein sehr Bedenkliches: unverständliche und lückenhafte Gesetze zur Anwendung bringen zu wollen. Zudem dürfte diese Stelle in Bezug auf die Höhe des Zinsfußes mit fr. 17 § 8 Us. kaum völlig in Einklang stehen. Denn während hiernach die fragliche Rechtszinse höchstens vier von hundert, usque ad tertiam centesimae, betragen darf; ist das Ermessen des Präses in der andern Stelle in der Weise beschränkt: daß er zunächst geringere Zinsen, als sechsprocentige auferlegen soll. Endlich wirft sich die Frage auf: wer sollte denn heutzutage anstatt des praeses provinciae Frist und Höhe des Zinsfußes bestimmen?

Kehren wir wieder zu unserm Falle zurück. Vielleicht möchte man noch folgenden Einwand erheben wollen. Wenn nun z. B. die Erben drei Jahre säumig gewesen sind, wo bleiben die 1500 Mahnungszinsen? Die fallen der Stadt zu; und könnten als ein beson=

---

[40]) fr. 5 pr. de op. publ. 50, 10; fr. 17 § 8 Us. 22, 1.

derer Fonds verwaltet werden, aus dem die Kosten zu bestreiten wären, wenn eine Ausbesserung der Wasserleitung u. dgl. nothwendig würde.

Demnach wird man die Mahnungszinse auch bei solchen Leistungen anerkennen müssen, die auf Kosten des Schuldners zu beschaffen waren.

Mag es sich übrigens um eine Sachleistung, oder eine Leistung der zuletzt besprochenen Art handeln, daran wird man für das heutige Recht festzuhalten haben: bei andern als Geldleistungen verlangt die Mahnungszinse entweder daß dem Gläubiger die Nutzung eines Kapitales entging, oder dem Schuldner die Nutzung eines Kapitales möglich war. Andererseits ist aber nicht erforderlich, daß die schuldige Leistung gerade auf einem Vermächtnisse beruhe; eine derartige Mahnungszinse kann auch bei zweiseitigen Verträgen vorkommen, sobald von einer Seite bereits erfüllt war.

Es hat z. B. jemand für 7000 Waizen gekauft und gleich im voraus bezahlt. Der Verkäufer liefert aber nicht, als er gemahnt wird. Dieser Verkäufer steht nicht etwa mit einem Verkäufer auf gleicher Stufe, der erst bei der Lieferung sein Geld erhalten sollte. Denn dieser Verkäufer entzieht ja gleichzeitig seinem Gläubiger die Nutzung eines Kapitals von 7000, und ist in der Lage, dasselbe zu andern Zwecken zu nutzen. Ein solcher Verkäufer muß also außer den Nachtheilen, die ihn sonst treffen, von diesen 7000 auch Mahnungszinsen entrichten.

In dieser Weise wurde dieser Fall bereits früher von mir entschieden [41]). Hier ist der Ort, die dort getroffene Entscheidung in einer Beziehung noch etwas zu begründen. Der Fall lag näher so: daß der Gläubiger auf den Waizen 500 verdient hätte, wenn er rechtzeitig geliefert worden. Von welcher Summe müssen nun Mahnungszinsen entrichtet werden: von 7000 oder 7500? Von den 7000; denn Zinsen von den 500 würden ein commodum commodi sein, das im allgemeinen nicht ersetzt wird [42]).

Betrachten wir uns jetzt noch einmal den Fall mit den vermachten silbernen oder goldenen Gefäßen. Ich sagte: heutzutage könne man hier nur unter der Voraussetzung einen Zinsenanspruch gewähren,

---

[41]) Siehe oben § 69, S. 92, 93.

[42]) Mommsen, Interesse, S. 189. Vgl. unten § 90, Nr. 10.

wenn der Vermächtnisnehmer nachzuweisen im Stande sei: daß und um wie viel er verkauft hätte. Nun setze man: der Vermächtnisnehmer hätte für 7500 verkauft. Die Gefäße seien aber in Wirklichkeit nur 7000 werth gewesen. Müssen hier Mahnungszinsen von 7000 oder 7500 entrichtet werden.

Ich glaube: wir können unbedenklich einen Zinsenanspruch auf 7500 bewilligen. Denn wer vermag in solchen Fällen so haarscharf zu bestimmen: um wie viel zu theuer verkauft worden, wie viel also das lucrum beträgt?

Vielleicht findet der Taxant: daß um 500 zu theuer verkauft worden; vielleicht meldet sich aber auch einer, der gerne 8000 gegeben hätte. Der Satz: daß ein commodum commodi nicht ersetzt zu werden brauche — muß meines Erachtens auf solche Fälle beschränkt werden, wo dieses commodum commodi, als solches, sofort in die Augen springt; wie die Sache z. B. bei dem Waizenhandel liegt.

So sind wir denn zu dem Ergebnis gelangt, daß sich das Römische Recht in der hier fraglichen Beziehung zwar nicht buchstäblich zur Anwendung bringen läßt; dagegen steht nichts im Wege, die Mahnungszinse bei andern als Geldleistungen heutzutage als Werthzinse dann zuzulassen: wenn entweder dem Gläubiger die Nutzung eines Kapitales entging, oder dem Schuldner diese Nutzung möglich war.

Ferner wäre noch zu bemerken: daß diese Werthzinse bei Sachleistungen vorzugsweise nur da von Bedeutung wird, wo es sich um Sachen handelt, die keine Früchte tragen. Andererseits geht aber Mommsen[43]) wieder zu weit: der dem Gläubiger, wenn die Sache eine fruchttragende ist, nur die Wahl zwischen den Werthzinsen und den Früchten der Sache einräumt. Das Verhältnis dieser Werthzinse zur wirklichen Bereicherung des Schuldners kann nämlich kein anderes sein, als das der Mahnungszinse zum Interessebegriff[44]).

Im Eingange dieses Paragraphen führte ich unter den Verschiedenheiten zwischen Römischer und reichsgesetzlicher Zinse auch die mit auf: daß die Römische Mahnungszinse sich überall nach der Ortsüblichkeit richtete, während die reichsgesetzliche auf fünf von hundert festgesetzt sei. Dieser Gegensatz ist indes nicht so zu verstehen: als ob

---

[43]) a. a. O. S. 244, Anm. 18.

[44]) Vgl. unten § 98, § 99.

für den betreffenden Römischen Rechtssatz gar kein Anwendungsgebiet übrig bleibe. Derselbe wird sich überall noch da geltend machen, wo die Anwendung fremder Rechte zur Frage steht [45]).

Dann wäre hier noch eines Satzes zu gedenken, den das Oberappellationsgericht zu Jena aufgestellt hat [46]): daß nämlich die Mahnung auch dann einen Zinsenanspruch begründe, wenn die vertragsmäßigen Zinsen bereits die Höhe des Kapitales erreicht haben. Vom Römischen Standpunkte aus betrachtet, würde man diesen Satz wohl kaum vertheidigen können; da die Römer in der Rechtszinse eine Nachbildung der Vertragszinse erblickten. Dagegen vom Standpunkte des Reichsgesetzes aus, welches die Mahnungszinse als ein Interesse-Surrogat auffaßt, hat dieser Satz durchaus nichts Bedenkliches.

Sollte übrigens durch das Bundesgesetz, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, vom 14. November 1867, das Anschwellenlassen der Zinsen über die Höhe des Kapitales hinaus gestattet sein: so würde in dieser Beziehung zwischen vertragsmäßiger und Mahnungszinse heutzutage kein Unterschied mehr Statt finden.

Ob aber die Mahnungszinsen, als solche, die Höhe des Kapitales überschreiten können? für diese Frage wird maßgebend, wie man in Bezug auf c. un. C. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur 7, 47 denkt: eine Stelle, die uns weiter unten noch beschäftigen muß [47]). Denn was in dieser Beziehung vom Interesseanspruch gilt, wird man auch auf das Interesse-Surrogat anzuwenden haben.

Endlich ist auch gar nicht abzusehen: warum man heutzutage von Vertragszinsen keine Mahnungszinsen zulassen will. Allerdings war die reichsgesetzliche Mahnungszinse nur der Vorläufer der Vertragszinse. Da aber die Vertragszinse heutzutage auf eignen Füßen zu stehen vermag, und auch für diese die Vermuthung zutrifft: daß der Gläubiger sein Geld von der Mahnung an anlegen und zugelassener Weise von hundert fünf wohl haben möge — so liegt kein Grund vor: dem Gläubiger, der seine Vertragszinsen nicht rechtzeitig erhält, einen Anspruch auf Mahnungszinsen zu versagen.

Nach Römischer Anschauung, wonach die Mahnungszinse eine

---

[45]) Seuffert's Archiv, Bd. 6, Nr. 1; v. Savigny, System, Bd. 8, S. 83 und 282.

[46]) Seuffert's Archiv, Bd. 15, Nr. 188.

[47]) Vgl. unten § 92—95.

Nachbildung der Vertragszinse war, gelangt man allerdings zu einem andern Ergebnisse. Das Römische Recht ist aber in dieser Beziehung heutzutage nicht mehr maßgebend.

Dagegen Mahnungszinsen von Mahnungszinsen wird man auch heutzutage ausschließen müssen, weil die Berechnung eines Gewinnes vom Gewinne auch heutzutage nicht zulässig ist [48]).

Die im Eingange dieses Paragraphen unter 1—5 aufgeführten Verschiedenheiten zwischen Römischer und heutiger Mahnungszinse vermehren sich den obigen Ausführungen zufolge demnach noch um diese:

6) Das heutige Gebiet der Mahnungszinse reicht so weit, wie das der Mahnung überhaupt; während die Römische Mahnungszinse sich auf ganz bestimmte Klassen von Obligationen beschränkte.

7) Der Lauf der Mahnungszinsen endet heutzutage nicht mit dem Urtheile, sondern mit der Erfüllung. Von den Römischen Urtheilszinsen kann heutzutage keine Rede mehr sein.

8) Bei andern als Geldleistungen kann man heutzutage die Mahnungszinse als Werthzinse nur dann zulassen: wenn entweder dem Gläubiger die Nutzung eines Kapitals entging, oder dem Schuldner diese Nutzung möglich war.

9) Die Mahnung begründet heutzutage selbst dann einen Zinsenanspruch, wenn die vertragsmäßigen Zinsen bereits die Höhe des Kapitals erreicht haben.

10) Auch von Vertragszinsen müssen heutzutage Mahnungszinsen entrichtet werden.

Um mit dem geltenden Rechte abzuschließen, wäre jetzt noch der neueren Reichsgesetze zu gedenken.

Bei Wechselschulden betragen die Mahnungszinsen sechs von hundert. Dies ist zwar in der Wechselordnung nirgends ausdrücklich gesagt, muß aber unbedenklich angenommen werden: „da im Art. 50 dem regreßnehmenden Gläubiger gestattet ist, seinem regreßpflichtigen Vormanne von der nicht bezahlten Wechselsumme 6 Procent Zinsen seit dem Verfalltage in Rechnung zu bringen, und der einlösende Indossant bei weiterer Regreßnahme nach Art. 51 sogar von der ganzen, dem Nachmanne gezahlten Summe, also mit Einschluß der

---

[48]) Vgl. unten § 90 Nr. 10.

darin enthaltenen Zinsbeträge, wiederum Zinsen von gleicher Höhe zu fordern hat" [49]).

Freilich wird in Art. 50 der W. O. vorausgesetzt, daß der Wechsel Mangels Zahlung protestirt worden. Allein es dürfte kaum angehen, für die einfache Mahnung einen andern Zinsfuß zu Grunde zu legen.

Was von der einfachen Mahnung muß auch von dem Satze „der Tag mahnt für den Gläubiger" gelten, so ferne derselbe im Wechselrecht Anwendung finden kann. Dies wäre z. B. bei einem Nichtanordre-Wechsel von folgender Fassung möglich: Gegen diesen meinen Wechsel zahle ich Herrn N. N. und nicht an dessen Ordre am 21. Februar 1871 ohne Präsentation 1000.

Das A. D. H. G. B. enthält folgende hierher gehörende Sätze.

Art. 287:

„Die Höhe der gesetzlichen Zinsen, insbesondere auch der Verzugszinsen, ist bei Handelsgeschäften Sechs vom Hundert jährlich."

Art. 288:

„Wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, eine fällige Forderung hat, kann wegen derselben vom Tage der Mahnung an Zinsen fordern, sofern er nicht nach dem bürgerlichen Recht schon von einem früheren Zeitpunkte an Zinsen zu fordern berechtigt ist."

Also wenn ein Kaufmann eine gewerbliche Weiterveräußerung der zu diesem Zweck angeschafften Waaren vornimmt, so kann er für die auf diese Weise entstandenen Forderungen sechsprocentige Mahnungszinsen beanspruchen. Wenn er sich dagegen Geräthe anschafft, welche bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar benutzt werden sollen, so kann der betreffende Handwerker nur fünfprocentige Mahnungszinsen berechnen; da die Weiterveräußerungen, welche von Handwerkern vorgenommen werden, insoweit dieselben nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschehen, als Handelsgeschäfte nicht zu betrachten sind [50]).

Sehr tiefe Nachgedanken verräth diese Unterscheidung keineswegs. Denn wenn es auch wahr sein mag: daß ein Kaufmann das Geld, welches er ausstehen hat, zu sechs Procent wohl hätte nutzen können;

---

[49]) Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. 5, Nr. 59, auch abgedruckt in Seuffert's Archiv, Bd. 20, Nr. 175.

[50]) A. D. H. G. B. Art. 273.

so trifft doch ganz das Nämliche für das Geld zu, welches er, der Kaufmann, seinen Gläubigern vorenthält. Statt den Eingang zu Art. 288 so zu fassen: „Wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist"; hätte man daher passender gesagt: Wer aus einem Geschäft, welches auf der Seite eines der Contrahenten ein Handelsgeschäft ist.

Endlich heißt es noch im § 3 des Bundesgesetzes, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, vom 14. November 1867:

> „Wird die Zahlung eines Darlehns oder einer andern creditirten Forderung verzögert, so bleibt auch für die Zögerungszinsen der bedungene Zinssatz maßgebend, sofern derselbe höher ist, als die gesetzlich bestimmten Zögerungszinsen."

Dasselbe nahm man freilich schon früher an [51]; nur daß der Satz früher noch nicht von solcher Wichtigkeit war, wie heutzutage.

§ 82.

Früchte und sonstige Bereicherung.

Wie die Ueberschrift zeigt, sollen hier die Früchte vom Bereicherungsstandpunkte aus aufgefaßt werden. Es handelt sich hier um folgenden Satz: der gemahnte Schuldner ist verpflichtet, die Früchte, um welche er bereichert ist, weil er die Mahnung unbeachtet ließ, herauszugeben.

Meistens pflegt man den Bereicherungsstandpunkt in dieser Weise nicht hervorzuheben. So stellt z. B. auch Mommsen die Regel auf [1]:

> „daß der Schuldner von dem Beginn der Mora an diejenigen Früchte zu erstatten hat, welche der Gläubiger im Fall rechtzeitiger Leistung gewonnen haben würde."

Allein wo in den Quellen der gemahnte Schuldner zur Erstattung von Früchten für schuldig erklärt wird, ist gar nicht an die vom Gläubiger versäumten, sondern nur an die Früchte gedacht, um welche der Schuldner bereichert worden. Meistens heißt es freilich nur schlechtweg: der gemahnte Schuldner solle Früchte erstatten. An welche Früchte hat man hierbei zu denken: an die vom Gläubiger versäumten, oder die vom Schuldner gezogenen? Vom Gläubiger versäumte

---

[51]) Mommsen S. 247.

[1]) a. a. O., S. 232, 233.

Früchte sind nicht vorhandene Früchte; vom Schuldner gezogene Früchte sind vorhandene Früchte. Woran hat man nun zu denken, wenn in den Quellen schlechthin von Früchten die Rede ist, und der Zusammenhang nicht ergibt, welche gemeint sind: an vorhandene oder nichtvorhandene Früchte? Ich sollte meinen: an vorhandene.

Es fehlt indes auch nicht an Stellen, wo ausdrücklich gesagt wird: daß der gemahnte Schuldner die Früchte ersetzen müsse, welche er wirklich percipirt habe [2]). Anderswo werden sie unter Aufkünften, obventiones [3]), mitbegriffen; als ein lucrum bezeichnet, das der Schuldner nicht machen dürfe [4]); und neben sonstigem Erwerb genannt [5]).

Freilich — sofern der gemahnte Schuldner das Interesse zu erstatten, hat auch der Gläubiger auf die Früchte, welche er hätte ziehen können, Anspruch. Dieser Interesseanspruch des Gläubigers kümmert uns aber hier noch nicht.

Das ist eben der Irrthum, worin Mommsen sich befindet — er scheint zu glauben: die Früchte, welche der Gläubiger hätte ziehen können, enthielten nothwendig ein Mehr gegenüber den Früchten, um welche der Schuldner bereichert worden. Allein wenn das wahr wäre, dann würde diese Wirkung der Mahnung ja gänzlich ausfallen, und sich vielmehr dem Interessebegriff unterordnen. Die Früchte, um welche der gemahnte Schuldner bereichert worden, können weniger, aber auch mehr betragen, als die vom Gläubiger versäumten Früchte.

Mommsen wirft noch die Frage auf: ob auch die vom gemahnten Schuldner schuldvoller Weise versäumten Früchte zu erstatten seien [6])? Von derartigen Früchten ist freilich in andern Beziehungen die Rede [7]), der Schuldner kann also ohnehin schon zu deren Erstattung verpflichtet sein. Da aber die Quellen dieselben beim gemahnten Schuldner nicht erwähnen; die Früchte, welche derselbe, als solcher, zu erstatten hat, vielmehr durchaus vom Bereicherungsstandpunkte auffassen: möchte ich die aufgeworfene Frage um so lieber verneinen, als der Gläubiger

---

[2]) fr. 27, § 1; fr. 44, § 1, ad S. C. Treb. 36, 1.

[3]) fr. 34 Us. 22, 1.

[4]) fr. 3 pr. Us. 22, 1.

[5]) fr. 27, § 1, ad S. C. Treb. 36, 1.

[6]) a. a. O., S. 230.

[7]) Vgl. z. B. § 2, J. de off. jud. 4, 17; c. 1, § 1, de pet. her. 3, 31; fr. 38, § 1, Us. 22, 1, und dazu Bd. I., S. 23; fr. 32, § 2, § 3; fr. 58, § 1, de adm. tut. 26, 7; c. 3 C. de pign. act. 4, 24.

an einem Anspruch auf die Bereicherungs- wie die von ihm versäumten Früchte doch wahrlich genug hat.

Ferner wolle man dies bedenken. Durch Nichtbeachtung einer Mahnung wird negatives Civilunrecht geschaffen. Der Fortbestand der Obligation erscheint als ein vom Recht nicht geheischter Zustand. Das Recht verlangt vom Schuldner: daß er die Obligation aufhebe, nicht aber, daß er Früchte ziehe. Und so dürfte es auch weit angemessener sein: ihn nicht für Früchte, die er, der Schuldner, versäumt haben soll, verantwortlich zu machen.

Der Römische Begriff fructus ist vieldeutig [8]). Uns interessirt indes diese Frage hier weniger, da der gemahnte Schuldner nicht bloß die Frucht im engern Sinne, sondern auch alles, warum er nicht bereichert wäre, wenn er die Mahnung beachtet hätte, namentlich auch was die Römer causa nennen, zu erstatten hat.

So muß z. B., wer einen Sclaven schuldet, mit herausgeben: was dieser Sclave nach der Mahnung, sei es nun durch Erbschaftsantretung oder Stipulation oder Tradition, oder sonst wie erworben hatte [9]). Ferner hat, wer ein Kapital schuldet, die nach der Mahnung mit diesem Kapitale erworbenen Zinsen mitzuerstatten [10]). So gilt, was von den Früchten, auch vom partus ancillae [11]) und den Thierjungen, die nach der Mahnung zur Welt kamen [12]); und selbst das Junge vom Jungen muß dem Gläubiger werden [13]). Endlich werden neben den Früchten ganz allgemein Aufkünfte „obventiones" genannt [14]).

Die Frucht kommt hier nur als Bereicherungsfrucht in Betracht, mithin nach Abzug der darauf gemachten Verwendungen [15]).

Wir sahen oben, § 79, S. 218: daß die Römer in der Mahnungs-

---

[8]) Vgl. darüber Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse, S. 20 fgg.

[9]) fr. 27, § 1, ad S. C. Treb. 36, 1; fr. 84, Leg. II; fr. 22, § 3, de leg. Corn. 48, 10.

[10]) fr. 44, § 1, ad S. C. Treb. 36, 1.

[11]) fr. 14, Us. 22, 1.

[12]) fr. 8; fr. 39, Us. 22, 1; Fr. Vat. § 65.

[13]) fr. 8, Us. 22, 1.

[14]) fr. 34, Us. 22, 1. Anlangend den Ausdruck vgl. man noch fr. 1, § 15, de ex. act. 14, 1; fr. 5, § 9, de reb. eor. 27, 9; fr. 7, § 1, de usufr. 7, 1.

[15]) Vgl. fr. 4, de op. serv. 7, 7; fr. 65, § 5, de cond. ind. 12, 6; fr. 51, pr. Fam. herc. 10, 2; fr. 38, § 14; fr. 46 Us.; c. 1, C. de fruct. 7, 51; fr. 36, § 5, H. P. 5, 3; Göppert, Ueber die org. Erzeugnisse, S. 32; ferner fr. 7 pr. S. M. 24, 3; fr. 3 § 1; fr. 15, 16 de imp. 25, 1.

zinse einen Nachtheil, welcher den Schuldner traf, erblickten; während die nachrömische Praxis sie als Interesse-Surrogat auffaßte. Für die Bereicherungsfrucht dagegen begegnen wir, wenigstens beim Vermächtnis, folgender Anschauung: den Gläubiger soll ein Nachtheil treffen, weil er mit der Mahnung wartete. Vgl.

fr. 22, § 2, ad S. C. Treb. 36, 1. — Ulp.

fructus enim qui percepti sunt neglegentia petentis, non judicio defuncti percepti videntur.

Einzelne Stellen bedürfen noch einer nähern Erörterung.

Fr. Vat. § 65.

Die Handschrift hat nur:

ram fetus quoque praestabitur; sed fetus — — — si gregem reliquit vel morae actio — — — — — — relictum sequatur.

Allein den Anfang dieser Stelle auf Grund von fr. 8, Us. 22, 1, wie v. Bethmann-Hollweg, Huschke und Th. Mommsen thun, zu ergänzen: dürfte keinen Bedenken unterliegen. Anlangend die zweite Hälfte dieser Stelle, so ist „morae actio" sicherlich verderbt; denn von einer morae actio ist sonst nirgends die Rede, vielleicht ist statt „vel morae actio" zu lesen: u. u. mora facta = veluti mora facta.

Die ganze Stelle möchte ich demnach in folgender Weise ergänzen

(Equis per fideicommissum relictis ut fructus post mo) ram fetus quoque praestabitur; sed fetus (secundus ut causa, sicut partus mulieris). Si gregem reliquit veluti mora facta (incrementum gregis gregem) relictum sequatur [16]).

Was dann dieses fr. 8, Us. 22, 1, welches in Vat. fr. § 65, theilweise wiederkehrt, anbetrifft, so hat man daran vielfach Anstoß genommen. So will Mommsen [17]) auf Grund dieser Stelle anlangend den foetus secundus eine Ausnahme in Bezug auf den Satz anerkannt wissen: daß der Gewinn, welcher durch Benutzung eines entgangenen Gewinns hätte gemacht werden können, im allgemeinen nicht in Betracht komme. Allein wir sind hier gar nicht beim Interessebegriff, sondern befinden uns auf dem Bereicherungsstandpunkte. Beides

---

[16]) Vgl. fr. 39, Us. 22, 1.

[17]) Interesse, S. 189, 190.

hat Mommsen gar nicht auseinander gehalten, oder doch die Verschiedenartigkeit beider Begriffe nicht hinlänglich hervorgehoben.

Göppert[18]) bemerkt zu unserm fr. 8:

„Der Schlußsatz sicut et partus mulieris darf nicht ausschließlich auf das unmittelbar vorhergehende fetus secundus ut causa bezogen werden, sondern auf das ganze vorhergegangene: ganz wie der fetus pecorum wird auch der partus ancillae bei mora des Onerirten geschuldet, aber partus secundus et fetus secundus nur als causa, nämlich erst vom Proceßbeginn an."

Allein wie die Worte einmal dastehen, können sie nur dies bedeuten: wenn Pferde vermacht sind, müssen nach der Mahnung auch die Füllen, als Frucht, herausgegeben werden; die Füllen von Füllen aber als causa, sowie Sclavenkinder. Es handelt sich hier nur um Wirkungen der Mahnung, von Wirkungen der Litiscontestation ist mit keiner Sylbe die Rede.

Göppert hat sich den Weg zum Verständnis dieser Stelle dadurch verlegt: daß er den Begriff causa viel zu eng faßt. Göppert versteht unter causa nur das, was nach der Litiscontestation zur Sache als Nebensache hinzutritt. Allein causa ist soviel als accessio rei, was zu einer Sache hinzukommt, der Zuwachs[19]). Es ist ein rein relativer Begriff: denn um etwas Zuwachs nennen zu können, kommt alles darauf an, welchen Zeitpunkt man zu Grunde legt. Wählt man den Zeitpunkt der Litiscontestation, so ist allerdings nur dasjenige causa, was nach der Litiscontestation hinzukommt. Wählt man dagegen einen früheren Zeitpunkt, so umfaßt causa auch schon den Zuwachs vor der Litiscontestation. So heißt es z. B. von der actio depositi[20]):

> Hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet. Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat.

Hier geht Ulpian von dem Zeitpunkte aus, wo die Obligation entstanden, wo die Sache deponirt worden, und nennt dasjenige causa, was später hinzugekommen: einerlei, ob vor oder nach der Litiscontestation[21]).

---

[18]) a. a. O., S. 122.

[19]) Dirckſen, Manuale, Wort causa, § 8.

[20]) fr. 1, § 23, 24, Depositi 16, 3.

[21]) Vgl. auch fr. 38, § 10, § 15, Us. 22, 1.

Aehnlich verhält es sich mit folgender Stelle [22]):

> In interdicto quoque quod vi aut clam magis est, ut omnis causa et fructus restituantur [23]).

Und so betrachtet sich Papinian in unserm fr. 8 die Sachlage von der Mahnung aus, und nennt causa, was nach der Mahnung hinzukommt.

Der Göppert'schen Auffassung von causa fehlt es meines Erachtens zudem an jeder inneren Berechtigung. Es verhält sich mit derselben gerade so, als wenn man aus dem Umstande, daß ein heutiger Schriftsteller, der sich mit den Wirkungen der Klagmittheilung beschäftigte, und in dieser Beziehung auch von Zuwachs spräche, folgern wollte: daß das Wort Zuwachs in der heutigen juristischen Kunstsprache nur den Zuwachs nach der Klagmittheilung umfasse.

Voigt [24]) meint gar: wegen des Gebrauches von causa in unserer Stelle Papinian einer Nachlässigkeit zeihen zu müssen.

Auch auf fr. 34, Us. 22, 1, will ich hier noch etwas näher eingehen. Dasselbe lautet:

> Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris judiciis bonae fidei servatur. hoc idem igitur in ceteris obventionibus dicemus.

Ich bemerkte schon früher [25]), daß Ulpiau hier meines Erachtens auf die Wirkungen der Mahnung Bezug nehme. Nämlich das Gebiet, welches Ulpian hier in's Auge faßt, ist gerade dasjenige, auf welchem die Mahnung einen Anspruch auf Zinsen und Früchte hervorbrachte.

Unter dieser Voraussetzung würde der viel besprochene und viel verschrieene Anfang unserer Stelle folgenden einfachen Sinn haben: die Zinsen vertreten die Stelle der Früchte; wo daher die Mahnung einen Anspruch auf Früchte, muß sie auch einen Anspruch auf Zinsen erzeugen.

Göppert meint [26]):

> „l. 34 — — D. de usur. 22, 1 — — — handelt von der Fruchtpräſtation bei der hereditatis petitio und

---

[22]) fr. 38, § 11, Us. 22, 1.

[23]) Vgl. dazu fr. 15, § 7, Quod vi aut clam 43, 24.

[24]) Ueber die condictiones ob causam, S. 47, 48.

[25]) Siehe oben, § 78, S. 210.

[26]) a. a. O., S. 36, Anm. 43.

schließt für diese die Gleichstellung von usurae und ceterae obventiones mit den Früchten aus gewissen Fällen, in welchen Früchte als Theil des id quod interest, und deshalb allerdings Zinsen und Miethsgelder, ebenso wie fructus naturales gefordert werden können."

Allein wie paßt hierzu, um nur dies geltend zu machen: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in ceteris judiciis bonae fidei servatur? Und was hätte Göppert angesichts dieses Zusatzes mit seiner einschränkenden Erklärung am Ende gewonnen?

Die Stelle ist allerdings dem 15ten Buche des Ulpian'schen Edictscommentares entnommen, wo Ulpian die hereditatis petitio abhandelte [27]). Allein er beschränkte sich hier doch nicht ausschließlich auf dieselbe, sondern brachte darin auch andere Sachen zur Sprache [28]). Und so konnte es ihm auch gar nicht ferne liegen: das Vermächtnis in's Auge zu fassen, und hierbei auf die Wirkungen der Mahnung einzugehen.

Und da ich somit wieder auf das Gebiet der Mahnung zurückgeführt bin, mag jetzt näher dargelegt werden: wo wir den Anspruch auf Früchte und sonstige Bereicherung antreffen. Es sind dies die folgenden Obligationen:

1) Das Fideicommiß im allgemeinen oder das Singularfideicommiß. Hier wird der Anspruch auf Früchte auf ein Rescript des Kaisers Hadrian zurückgeführt, wie wir aus Gajus wissen [29]). Außerdem bestätigen denselben, bezw. den Anspruch auf sonstige Bereicherung Papinian [30]), Paulus [31]), Ulpian [32]) und Modestin [33]).

Was dann das Hadrian'sche Rescript anlangt, in Bezug auf welches es bei Gajus heißt:

> Fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis [34]) fecerit, qui fideicommissum

---

[27]) Vgl. Rudorff, Edict, S. 269.

[28]) Vgl. fr. un. de off. praef. 1, 17; fr. 17 de pign. 20, 1; fr. 1, pro suo 41, 10; fr. 24, de inj. 47, 10.

[29]) Gajus II, 280. Vgl. Westgoth. Gaj. II, 7, § 8 i. f.

[30]) fr. 3 pr.; fr. 8, Us. 22, 1; Vat. fr. § 65.

[31]) R. S. III, 8, 4; fr. 14, Us. 22, 1; fr. 84, Leg. II; fr. 26, Leg. III; fr. 22, § 3, de lege Corn. 48, 10.

[32]) fr. 34, Us. 22, 1; fr. 24, § 14, de fid. lib. 40, 5.

[33]) fr. 39, Us. 22, 1.

[34]) Statt solutionis ist wohl solutioni zu lesen.

debebit: legatorum vero usurae non debentur; idque rescripto divi Hadriani significatur.

so wird freilich der Zinsen-Anspruch, von dem dasselbe ebenfalls handelt, besonders betont; und es wäre möglich, daß dem Kaiser ein Fall zur Beurtheilung vorgelegen hätte, wo lediglich ein Zinsen-Anspruch zur Frage stand [35]). So könnte denn auch der Anspruch auf Mahnungsfrüchte beim Fideicommiß schon älter sein, als dies Hadrian'sche Rescript. Gleichwohl wird man anzunehmen haben: daß dieser Anspruch auf Mahnungsfrüchte wenigstens seit Hadrian ein zweifelloser wurde, weil Gajus für denselben auf ein Hadrian'sches Rescript Bezug nimmt. Die ersten Anfänge dieses Bereicherungsanspruches auf dem Gebiete des Fideicommisses sind vielleicht gar nicht bei der Frucht, sondern beim partus ancillae zu suchen. Denn einen Anspruch auf diesen partus, sofern derselbe nach der Mahnung geboren, gewährt bereits Neratius, unter Trajan (98—117), einem Singularfideicommissar [36]).

2) Das Universalfideicommiß. Hier wird der betreffende Anspruch von Julian [37]), Marcellus [38]), Ulpian [39]) und Paulus [40]) bezeugt.

3) Das Legat. Hier war es zuerst Julian, der diesem Anspruche beim legatum sinendi modo Bahn brach, wie uns Gajus mittheilt [41]). Außerdem geschieht des Legates in dieser Beziehung von Paulus [42]) und Ulpian [43]) Erwähnung.

4) Die gutgläubige Obligation. Hier sind anzuführen: African [44]) für die Verpflichtung des Vormundes, Paulus [45]) für das Depositum, und Ulpian [46]) für die Verpflichtung des Vormundes, sowie allgemein für die gutgläubige Obligation.

---

35) Siehe den folgenden Paragraphen.
36) fr. 14, § 1, Us. 22, 1.
37) fr. 27, § 1, ad S. C. Treb. 36, 1.
38) fr. 44, § 1, ad S. C. Treb. 36, 1.
39) fr. 18, pr. ad S. C. Treb. 36, 1.
40) fr. 14, § 1, de us. 22, 1.
41) Gaj. II, 280.
42) R. S. III, 8, 4; fr. 23, Leg. I.
43) fr. 34, Us. 22, 1.
44) fr. 10, Rem pupilli 46, 6.
45) R. S. II, 12, 7; Coll. X, 7, 7.
46) fr. 34, Us. 22, 1.

5) Die Stipulation. In dieser Beziehung kommen African[47]) für die Stipulatio rem pupilli salvam fore, und Ulpian[48]) für die Stipulatio legatorum seu fideicommissorum servandorum causa in Betracht.

Abgesehen von der Pollicitation treffen wir demnach diesen Anspruch genau auf demselben Gebiete an, wie die Mahnungszinse. Namentlich kommt die Stipulation hier auch nur soweit in Betracht, als sie sich an eine Obligation anlehnt, die diesen Frucht=Anspruch zuläßt.

Daß Ulpian der Stipulation in fr. 34 Us. nicht besonders gedenkt, wird man nicht auffällig finden können, da diese doch nur ein nebensächliches Gebiet für unsern Anspruch bildete. Und wenn Ulpian hier über das Verhältnis unseres Fruchtanspruches der Pollicitation gegenüber gänzlich schweigt, so ist ihm das um so weniger übel zu nehmen; als er von seinem Edictscommentare das fünfzehnte Buch bereits ausgearbeitet hatte[49]), bevor die Kaiser Severus und Antoninus Caracalla das betreffende Rescript in fr. 1, pr. de pollic. 50, 12, erließen.

Wenn sonach das Gebiet der Mahnungsfrucht und Mahnungszinse sich ungefähr deckt, fällt doch auf: daß wir die Mahnungsfrucht bei den gutgläubigen Obligationen viel seltener antreffen als die Mahnungszinse. Ein neuerer Schriftsteller[50]) hat sogar behauptet: daß die Mahnungsfrucht bei den gutgläubigen Obligationen gar nicht vorkomme — eine Ansicht, die freilich nur durch Nichtberücksichtigung der hierfür in Betracht kommenden Stellen möglich geworden ist.

Aber selten ist dies Vorkommen allerdings. Und diese Erscheinung bedarf um so mehr der Aufklärung, als wir auf Grund von fr. 10, Rem pupilli 46, 6, wie für die Mahnungszinse[51]), so auch für die Mahnungsfrucht werden anzunehmen haben: daß das Ursprungsgebiet derselben wahrscheinlich nicht das Fideicommiß, sondern die gutgläubige Obligation war.

Zunächst mag in dieser Beziehung daran erinnert werden: daß die gutgläubigen Obligationen, sofern sie auf Sachleistungen gingen,

---

[47]) fr. 10, Rem. pup. 46, 6.

[48]) fr. 1, § 13, Ut leg. 36, 3.

[49]) Vgl. Mommsen in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 9, S. 113.

[50]) Esmarch, inter moram solvendi et culpam quae sit differentia, S. 27 fgg.

[51]) Siehe oben, § 78, S. 206.

nicht aber die Geldleistungen, von Haus aus dem Interessebegriff zuneigten[52]). Wenn man aber einen Anspruch auf's Interesse hat, so sollte man meinen, könnte man einen Anspruch auf die Bereicherungsfrucht schon eher entbehren; als bei gutgläubigen Geldleistungen, wo der Interesse-Anspruch den Römern fehlte, die Mahnungszinse.

Dagegen wäre indes dies geltend zu machen. Wenn auch die gutgläubigen Obligationen auf Sachleistungen von Haus aus dem Interessebegriff zuneigten, so fragt sich doch: von welchem Zeitpunkte an ursprünglich dies Interesse in Anschlag kam. Es wäre ja sehr wohl möglich, daß die gutgläubige Obligation anfangs nur das Interesse nach der Litiscontestation umfaßt hätte.

Ferner wäre daran zu erinnern: daß der Interessebegriff ebenfalls seine Geschichte hat, und daß wir ihn uns keinenfalls in der scharfen Ausprägung, wie ihn das spätere Römische Recht hat, und noch viel weniger in seiner heutigen Ausbildung, als von Anfang an vorhanden vorstellen dürfen[53]). So gerathen es vom Standpunkte des heutigen Rechts aus ist, die Bereicherungsfrucht vom Interessebegriff fern zu halten; könnte doch in dieser Beziehung die Bereicherungsfrucht bei den gutgläubigen Obligationen des Römischen Rechts ein Durchgangsstadium für den Interessebegriff gewesen sein.

Freilich wäre wieder denkbar: daß dieses Durchgangsstadium bis auf geringe Spuren für uns verschwunden — womit dann das seltene Vorkommen erklärt wäre. Allein jedenfalls war hier noch ein anderer Feind vorhanden, welcher der Mahnungsfrucht den Weg versperrte.

Wir begegnen nämlich im Römischen Rechte dem Satze, daß bei gutgläubigen Obligationen die Früchte ganz und gar geleistet werden.

fr. 38, § 15, Us. 22, 1. — Paulus.

In ceteris quoque bonae fidei judiciis fructus omnimodo praestantur.

Unter fructus kann hier dem ganzen Zusammenhange nach nur die Bereicherungsfrucht verstanden werden. Das omnimodo zeigt an, daß die Früchte von der Entstehung der Obligation an geleistet werden mußten. Wenn aber dieses der Fall war, so scheint für einen Anspruch auf die Bereicherungsfrucht, den die Mahnung erzeugte, kein Platz mehr zu sein.

---

52) Siehe oben, § 64, S. 35, und unten § 88.

53) Vgl. oben, § 78, S. 193.

Als Beispiele, wo der betreffende Satz, daß Früchte ganz und gar geleistet werden, Anwendung fand, erwähnt Paulus namentlich das Commodat und Depositum[54]). Für das judicium communi dividundo galt dieser Satz mit der Maßnahme: daß die Früchte getheilt werden mußten[55]). Dieses judicium communi dividundo wird freilich von Gajus[56]) noch nicht den gutgläubigen Obligationen zugezählt; allein Julian kennt es doch bereits als solches[57]). Die betreffende Auslassung bei Gajus dürfte sich nur durch die Annahme erklären lassen: daß wir es in dieser Beziehung mit einer zu seiner Zeit noch ziemlich neuen Rechtsbildung zu thun haben. Denn das allerneueste gibt Gajus auch sonst nicht: in welcher Beziehung sein Schweigen über das S. C. Tertullianum das bekannteste Beispiel ist[58]). Einen weitern Anwendungsfall der in Frage stehenden Rechtsregel haben wir bereits früher in der Verkaufsverpflichtung kennen gelernt[59]).

Mit der Bereicherungsfrucht verhielt es sich also bei den gutgläubigen Obligationen anders, als mit der Mahnungszinse und der Rechtszinse überhaupt; und an deutlicher Hervorhebung dieses Gegensatzes lassen es die Quellen keineswegs fehlen. Vgl. z. B.:

c. 13 A. E. V. 4, 49.

> Fructus post perfectum jure contractum emtoris spectare personam convenit, ad quem et functionum gravamen pertinet; venditorque pretium tantum, ac si moram intercessisse probetur, usuras officio judicis exigere potest.

Hier muß also der Verkäufer alle Früchte herausgeben, die er seit Abschluß des Kaufes gezogen hat; dagegen der Käufer verzinset den Kaufpreis erst von der Mahnung an.

Vgl. ferner Vat. fr. § 2.

> Usurae venditori post traditam possessionem arbitrio judicis praestantur; ante traditam autem possessionem emptori quoque fructus rei vice mutua praeberi necesse est: in neutro mora considerabitur.

---

[54]) fr. 38, § 10, Us. 22, 1.
[55]) fr. 38, § 14, Us. 22, 1; fr. 25 pr. eodem.
[56]) Gaj. IV, 62.
[57]) fr. 24, pr. Com. div. 10, 3.
[58]) Vgl. z. B. Fitting, Alter, S. 22.
[59]) Siehe Bd. I, S. 93.

wo die Bereicherungsfrucht einer andern Art Rechtszinse gegenüber gestellt wird.

Die Fälle mußten diesem zufolge ausnahmsweise so geartet sein: daß die Mahnung bei den gutgläubigen Obligationen diesen Anspruch auf die Bereicherungsfrucht noch hervorbringen konnte; und damit ist das seltene Vorkommen der in Frage stehenden Mahnungswirkung auf diesem Gebiete dann sicher erklärt.

Möglich und sehr wahrscheinlich ist es freilich: daß der Satz „in bonae fidei judiciis fructus omnimodo praestantur" erst in verhältnismäßig später Zeit entstand, und daß die Mahnungsfrucht auf diesem Gebiete einmal von größerer Bedeutung war. Obwohl uns von einem solchen Zustande keine sichere Kunde mehr überliefert worden. So könnte, um nur ein Beispiel anzuführen, worauf ich sogleich zu sprechen komme, der Satz: daß der Vormund mit der actio tutelae auch auf Herausgabe der Mahnungsfrucht belangt werden könne — älter sein, als der: daß er mit der actio negotiorum gestorum nach beendeter Vormundschaft für die Bereicherungsfrucht hafte.

Daß aber die Beispiele, welche die Quellen in dieser Beziehung liefern, wirklich ganz eigenthümlich geartete Fälle betreffen: davon wird uns eine nähere Betrachtung derselben überzeugen können.

fr. 10, Rem pupilli 46, 6. Africanus libro tertio quaestionum.

Si, posteaquam pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in restituenda tutela aliquamdin moram fecerit, certum est et fructuum nomine et usurarum medii temporis tam fidejussores ejus quam ipsum teneri.

Die Stelle bezieht sich auf die Stipulatio „rem pupilli salvam fore", welche denselben Inhalt wie das judicium tutelae hatte[60]).

Nun ist jedenfalls für das spätere Recht zweifellos: daß ein Vormund, der nach beendeter Vormundschaft, also z. B. nachdem der Unmündige die Jahre der Mündigkeit erreicht hatte[61]), die Verwaltung fortsetzt, jedwede Bereicherung, also auch die Bereicherungsfrucht, herauszugeben hat, und zwar nicht erst von der Mahnung an. Aber er haftet in dieser Beziehung nicht mit der actio tutelae, die sich nur

---

[60]) fr. 9, Rem pupilli 46, 6; fr. 4, § 6 eodem. Vgl. oben S. 212.

[61]) fr. 4, pr. de tutelae 27, 3.

auf die Zeit der Vormundschaft erstreckt[62]), sondern mit der actio negotiorum gestorum[63]).

Wie sieht es in dieser Beziehung mit dem Bürgen aus? Derselbe hat sich nur verpflichtet „rem pupilli salvam fore“, denselben kümmert also an sich die Fortsetzung der Verwaltung von Seiten des Vormundes gar nichts[64]). Wenn also z. B. der Mündiggewordene den bisherigen Vormund noch Jahre lang die Verwaltung fortführen läßt, so wird hiervon die Verpflichtung des Bürgen in keiner Weise berührt. Wie aber, wenn die Fortführung der Verwaltung gegen den Willen des Mündiggewordenen geschah? Derselbe mahnte den Vormund vergeblich wegen Rechnungsablegung und Herausgabe seines Vermögens, der Vormund ließ diese Mahnung aber unbeachtet.

Offenbar würde es ein höchst ungenügender Schutz sein, den eine derartige Bürgschaft einem Mündiggewordenen gewährte: wenn die Bürgen für eine Nichtbeachtung der Mahnung von Seiten des Vormundes nicht ebenfalls verantwortlich wären. Daher soll zwar eine Fortsetzung der Verwaltung von Seiten des Vormundes diese Bürgen an sich nichts angehen; wohl aber haften sie von der Mahnung an für Zinsen wie Bereicherungsfrüchte.

Also wenn z. B. eine Vormundschaft am 2. März 1871 aufgehört hat, der Vormund die Verwaltung fortführt, und die Mahnung des Mündiggewordenen am 2. März 1872 erfolgt; so sind die Bürgen für das Jahr vom 2. März 1871 bis zum 2. März 1872 frei, dagegen haften sie vom 2. März 1872 an für Zinsen wie für Bereicherungsfrüchte.

Das Ergebnis ist demnach: ein Vormund haftet allerdings auch nach Ablauf der Vormundschaft ohne Mahnung für die Bereicherungsfrucht, aber mit der actio negotiorum gestorum; die Stipulatio rem pupilli salvam fore, und folgeweise auch das judicium tutelae, umfaßt für Vormund wie dessen Bürgen nur die Mahnungsfrucht.

Heutzutage pflegt übrigens der Vormund keine Bürgen mehr zu stellen.

Der andere Fall, wo in unsern Quellen bei den gutgläubigen

---

[62]) fr. 13, 14, de tutelae 27, 3; fr. 9, § 1; fr. 37, § 1; fr. 46, § 4, de adm. tut. 26, 7.

[63]) Paul. R. S. I, 4, § 2; (Ulp.) fr. 13; (Gaj.) fr. 14, de tut. 27, 3; Vgl. fr. 5, § 2; fr. 7, § 1; fr. 2, N. G. 3, 5.

[64]) fr. 46, § 4; fr. 9, § 1, de adm. tut. 26, 7.

Obligationen die Bereicherungsfrucht mit unserer Mahnung in Verbindung gebracht wird, betrifft das Depositum. Die betreffende Stelle rührt von Paulus her, und ist uns zweimal überliefert worden. In den R. S. II, 12, 7, lautet sie:

In judicio depositi ex mora fructus veniunt et usurae rei depositae postulantur,

und in der Collatio X, 7, § 7:

In judicio depositi ex mora et fructus veniunt, et usurae rei depositae praestantur.

Wenn wir heutzutage von einem Depositum sprechen, pflegen wir dabei an Aufbewahrung einer beweglichen leblosen Sache zu denken; in welcher Beziehung allerdings von Frucht überall keine Rede sein kann. Allein die Römer deponirten auch lebendige Sachen, namentlich Sclaven. Freilich konnte ein solcher Vertrag schon bei den Römern leicht in einen andern übergehen. Ulpian zieht in dieser Beziehung folgende feine Grenzlinien.

fr. 1, § 9, Depositi 16, 3.

Si quis servum custodiendum conjecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat [65]), ex locato me agere posse: quod si operae ejus servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est.

Also wenn einem Sclaven bloß Kost gereicht wurde und über dessen Arbeiten nichts ausgemacht war, nimmt Ulpian ein Depositum an.

Nun konnte der Sinn eines solchen Vertrages aber unmöglich der sein: daß der deponirte Sclave bloß essen und herumstehen sollte; der Depositar aber jede Arbeit, die dieser Sclave etwa verrichtete, dem Deponenten besonders zu vergüten hatte. Der Unterschied zwischen diesem Vertrage und dem unmittelbar vorher genannten, aus dem Ulpian eine actio praescriptis verbis zuläßt, wird vielmehr darin bestanden haben: daß im einen Falle der Depositar die Arbeiten des

---

[65]) Statt accipiebat ist wohl conjiciebat zu lesen.

Sclaven zu bestimmen hatte, im andern Fall hingegen es dem Sclaven freigestanden haben wird, was und wie viel er arbeiten wollte.

Die Frucht eines Sclaven ist seine Arbeit [66]). In einem solchen Falle ließ sich also dieser Anspruch auf die Bereicherungsfrucht bei unserer Mahnung anbringen. Was ein deponirter Sclave vor der Mahnung gearbeitet hat, soll nicht gerechnet werden; dagegen hat der Depositar den Deponenten für die Arbeiten zu entschädigen, welche ihn nach der Mahnung bereichert haben.

Mag man übrigens über die betreffende Stelle aus Paulus denken, wie man will: jedenfalls ist sie von der Westgothischen interpretatio vollständig misverstanden worden. Dieselbe lautet hier nämlich:

> Cum in judicio de rebus agitur commendatis, si mora in reddendo ab eo, cui commendatae sunt, afferatur, prout res fuerit commendata, aut usurae, si pecunia, aut fructus, si praedia fuerint, debebuntur.

Denn ein Depositum an einer unbeweglichen Sache ist Paulus ein unbekanntes Ding gewesen [67]).

Was das Alter der Mahnungsfrucht auf dem Gebiete der gutgläubigen Obligation anbetrifft, so ist zu beachten: daß sich dieselbe im übrigen stets gleichmäßig mit der Mahnungszinse entwickelt hat.

Sie hat dasselbe Gebiet wie diese, bis auf die Pollicatio, wo die Mahnungszinse erst spät zugelassen wurde.

Vom Damnationslegat halten sich beide gleichmäßig fern, wie wir im nächsten Paragraphen sehen werden.

Bei Fideicommissen werden beide von Gajus II, 280, auf ein Hadrian'sches Rescript zurückgeführt.

Beim legatum sinendi modo ließ Julian ebenso beide zu.

Auch begegnen wir beiden bei der Stipulation legatorum seu fideicommissorum servandorum causa in fr. 1, § 13, Ut leg. 36, 3.

Ulpian in fr. 24, Us. 22, 1, sagt ganz allgemein: daß Früchte und Zinsen nicht von einander getrennt werden dürften.

Endlich werden in sämmtlichen Stellen, welche auf die gutgläubige Obligation Bezug haben, die Mahnungsfrüchte neben Zinsen genannt.

Dies gleichmäßige Schicksal dürfte den Schluß rechtfertigen: daß die Mahnungsfrucht um dieselbe Zeit, wie die Mahnungszinse, auf

---

[66]) fr. 4, de op. serv. 7, 7.

[67]) Vgl. Glück, Pandekten, Bd. 15, S. 146.

dem Gebiete der gutgläubigen Obligation entstanden sein wird; also zu Zeiten Labeo's, oder doch frühestens kurze Zeit vor ihm.

Zu demselben Ergebnis gelangt man noch auf andere Weise.

In Bezug auf den Römischen Geschwornen finden wir den Satz aufgestellt: eo autem quae ante judicium contingunt non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim injuncta [68]).

Andererseits wissen wir: daß es noch im Jahre 66 v. Chr. der Einführung der actio de dolo bedurfte, weil der Römische Geschworne den dolus praeteritus bei den gutgläubigen Obligationen im allgemeinen nicht berücksichtigte [69]). Nun hat freilich im Laufe der Zeit die gutgläubige Obligation den dolus praeteritus mehr und mehr umfaßt; allein selbst zu Labeo's Zeiten war man in dieser Beziehung noch nicht allzuweit, wie aus fr. 7, § 3, de dolo molo 4, 3, sich ergibt. So lange aber ein Römischer Geschworner bei gutgläubigen Obligationen den dolus praeteritus noch vernachlässigen durfte, wird er sich auch um die vor der Litiscontestation gezogene Bereicherungsfrucht nicht sonderlich gekümmert haben.

Häufiger als bei den gutgläubigen Obligationen begegnen wir der Mahnungsfrucht bei den Vermächtnissen, wofür die Erklärung leicht sich finden läßt.

Denn einentheils wird selbst die durch Fideicommiß entstandene Obligation von Haus aus schwerlich einen Interesse-Anspruch zugelassen haben. Allerdings begegnen wir im Corpus juris bei Vermächtnissen einem Interesse-Anspruch, den die Mahnung zu Wege bringt [70]); und angesichts der Grundsätze, welche die Justinian'sche Ausgleichungsgesetzgebung aufstellte — wonach im einzelnen Falle der Vermächtnisnehmer die Wirkungen in Anspruch nehmen konnte, welche ihm die größeren Vortheile darboten, mochten sie nun bis dahin mit Legaten oder Fideicommissen verbunden gewesen sein [71]) — kann es keinem Zweifel unterliegen: daß sowohl nach Justinian'schem als heutigem Rechte die Mahnung bei jeder Art Vermächtnis im allgemeinen einen Interesseanspruch erzeugt. Ein derartiger Anspruch wird aber schwerlich schon eine Folge der Mahnung gewesen sein, als Hadrian dem Fideicommissar, der vergeblich gemahnt hatte, einen Anspruch auf die Bereicherungsfrucht zu-

[68]) fr. 25, § 8, de aed. ed. 21, 1. — Siehe oben S. 32.

[69]) Siehe oben S. 29.

[70]) Vgl. z. B. fr. 36, § 2, de usufr. 7, 1; fr. 26; fr. 35 pr. Leg. III.

[71]) c. 2, Comm. de leg. 6, 43.

sicherte. Die Bereicherungsfrucht wird ursprünglich keinen Interesseanspruch neben sich gekannt haben.

Andererseits ist hier zu beachten: daß die Bereicherungsfrucht, welche vor der Mahnung gezogen wird, regelmäßig dem Vermächtnisnehmer verloren geht. Diese ist ein Vortheil, welcher dem Belasteten wegen der Nachlässigkeit des Vermächtnisnehmers zu Theil werden soll [72]; es müßte denn ein anderweitiger Wille des Testators ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein [73]. In welcher Beziehung für das Universalvermächtnis besonders hervorgehoben wird: daß die vor der Erbschaftsantretung gezogenen Früchte mit zum Gegenstande des Vermächtnisses gehören [74].

Soviel über das Gebiet der Mahnungsfrucht nach Römischem Recht in seiner positiven Abgrenzung. Es ist ungefähr dasselbe Gebiet, auf dem wir die Mahnungszinse angetroffen haben. Namentlich bleiben auch die Condictionen im allgemeinen von der Mahnungsfrucht unberührt. In dieser Beziehung kam nur das legatum sinendi modo und die Stipulation in Betracht, sofern sich dieselbe an eine Obligation anlehnt, die diesen Fruchtanspruch zuläßt.

Dabei ist indes auf einen Unterschied zwischen der Mahnungszinse und der Mahnungsfrucht aufmerksam zu machen.

Die Mahnungszinse ist bei den Condictionen auf certa pecunia deshalb ausgeschlossen, weil diese Obligationengattung einen Zuwachs an Rechtszinsen, mindestens vor der Litiscontestation, überall nicht duldete. Dagegen die Bereicherungsfrucht ist bei den Condictionen auf res certa so allgemein gar nicht, sondern nur bei den Condictionen ausgeschlossen, wo es sich darum handelt: „ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex stipulatu“ [75]. In andern Fällen z. B. bei der condictio indebiti [76]) und der condictio

---

[72]) fr. 22 § 2 ad S. C. Treb. 36, 1.

[73]) fr. 3 § 2, § 3; fr. 39 Us. 22, 1; fr. 43 § 2 Leg. II; fr. 21 § 2 de ann. leg. 33, 1; fr. 18 pr. ad S. C. Treb. 36, 1.

[74]) fr. 27 § 1 ad S. C. Treb. 36, 1. v. Vangerow, Pandekten, Bd. II, § 536 a. E.

[75]) fr. 38 § 7 Us. 22, 1; vgl. auch fr. 78 § 1 V. O. 45, 1 und fr. 2 Us. 22, 1.

[76]) fr. 15 pr., fr. 65 § 5, § 8 de cond. indeb. 12, 6; fr. 38 § 2 Us. 22, 1.

causa data causa non secuta[77]) erzeugt die Mahnung in dieser Beziehung freilich auch keinerlei Wirkungen, aber doch nur deshalb nicht, weil die Bereicherungsfrucht von Anfang an mit ersetzt werden muß.

In wie fern eine an eine gutgläubige Obligation sich anlehnende condictio incerti die Bereicherungsfrucht von Anfang an mit umfasse: darüber sind die Römischen Rechtsgelehrten nicht alle einerlei Meinung gewesen[78]).

Anlangend das heutige Gebiet der Bereicherungsfrucht, so wird man diese Wirkung der Mahnung soweit zulassen müssen, als das Gebiet der Mahnung im allgemeinen überhaupt reicht[79]). Dabei ist zu beachten: daß heutzutage dem Gläubiger, soweit er einen Anspruch auf die Mahnungsfrucht hat, auch ein Interesseanspruch zur Seite stehen wird. Nun möchte man vielleicht meinen: die Bereicherungsfrucht werde heutzutage etwa der Mahnungszinse entsprechen, und wie diese den Interesseanspruch mehr in den Hintergrund drängen. Dem ist indes nicht so. Die Mahnungszinse läßt den Interesseanspruch deshalb nicht recht aufkommen, weil die Geldleistungen für den Interessebegriff ein schwieriges Gebiet sind. Dagegen das Gebiet, auf dem sich die Bereicherungsfrucht bewegt, ist so recht die Heimath des Interessebegriffes. Ferner wird die Bereicherungsfrucht uns meistens nicht in der bestimmten Abgrenzung entgegentreten, wie die Mahnungszinse, da die gemachten Verwendungen in Abzug zu bringen sind. Wenn denn aber doch einmal gerechnet werden muß, kann der Gläubiger auch gleich nur ausrechnen: was er gehabt hätte, wenn die Mahnung beachtet wäre — sich also auf den Interesseanspruch stellen. Und endlich dürfte es sich empfehlen: die Bereicherungsfrucht nur soweit zu fordern, als sie zur Zeit der Klaganstellung wirklich vorhanden ist, von da an aber das Interesse, wenigstens eventuell[80]); weil sonst der Schuldner auf den Einfall gerathen möchte, mit dem Sichbereichern aufzuhören.

Das Verhältnis der Bereicherungsfrucht zum Interesseanspruch in Bezug auf das häufige Vorkommen ist also ein umgekehrtes, wie

---

[77]) fr. 7 § 1, fr. 12 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4; fr. 38 § 1, § 3 Us. 22, 1.

[78]) Vgl. fr. 3 § 1 A. E. V. 19, 1 mit fr. 4 pr. Us. 22, 1.

[79]) Vgl. Mommsen S. 230 und unten § 102.

[80]) Vgl. unten § 99.

zwischen Mahnungszinse und Interesseanspruch. Denn während die Mahnungszinse den Interesseanspruch, schiebt der Interesseanspruch mehr die Mahnungsfrucht in den Hintergrund.

Anlangend den Zeitpunkt, bis wann die Früchte zu erstatten waren, so galt im Römischen Recht für das ordentliche Verfahren der Satz: „certe post rem judicatam tempus a fructibus dependendis immune est"[81]). Dieser Satz scheint für das ordentliche Römische Verfahren um so angemessener gewesen zu sein, als das Urtheil auf Geld lauten mußte, und Geld wenigstens keine natürliche Früchte tragen kann.

Bei Fideicommissen indes, die auf dem Wege der extraordinaria cognitio geltend gemacht wurden, mußten nach der Ansicht Papinian's, wie wir gesehen haben[82]), auch die nach dem Urtheil gezogenen Früchte herausgegeben werden. Dies läßt vermuthen: daß auf diesem Gebiete zur Zeit Papinian's gar nicht mehr in Geld, sondern in die Sache nebst den Früchten selber verurtheilt wurde[83]).

„Heutzutage — — wird der Beklagte verurtheilt werden müssen, die Früchte bis zur wirklichen Leistung des geschuldeten Gegenstandes zu erstatten[84])."

Nachdem wir uns jetzt über den Begriff, das Gebiet und den Umfang der in Rede stehenden Mahnungswirkung, auch im allgemeinen über die Entstehungszeit derselben hinlänglich verständigt haben, will ich im nächsten Paragraphen noch einen Punkt besonders erörtern: wie es sich nämlich mit dieser Wirkung der Mahnung bei Legaten nach vorjustinian'schem Rechte verhielt.

§ 83.

Früchte bei Legaten nach vorjustinian'schem Rechte.

Liebe[1]) hat, wie wir bereits gesehen haben[2]), die Behauptung aufgestellt: daß die Mahnung schon zur Zeit der classischen Juristen

---

[81]) fr. 3 § 1 Us. 22, 1. Vgl. fr. 17 § 1, fr. 33 R. V. 6, 1.

[82]) fr. 3 pr. Us. 22, 1. Vgl. oben § 79 S. 226, 227.

[83]) Vgl. v. Keller, Civilproceß, § 81. Mommsen, S. 233, 234, Anm. 19. Unten § 88 und § 91.

[84]) Mommsen, S. 234.

[1]) Stipulation, S. 62—65.

[2]) Siehe oben § 77, S. 185.

sowohl beim Damnationslegat als beim legatum sinendi modo einen Anspruch auf Zinsen wie Früchte erzeugt habe.

Was die Mahnungszinse anbetrifft, so gelangten wir bereits zu dem Ergebnis: daß dieselbe noch zu Kaiser Caracalla's Zeiten beim Damnationslegat nicht vorkam; auch überzeugten wir uns, es stehe nichts der Annahme entgegen: daß dieser Zustand bis zur Justinian'schen Ausgleichungsgesetzgebung fortgedauert habe [3]).

Es ist schon an sich wahrscheinlich: daß sich die Mahnungsfrucht in dieser Beziehung nicht anders als die Mahnungszinse entwickelt haben wird. Dazu kommt: daß die Stellen, auf Grund derer wir obige Sätze für die Mahnungszinse aufstellen konnten, sich theilweise auf die Früchte mit beziehen, also auch für diese beweisend sind.

Dies gilt namentlich von einer Constitution Caracalla's [4]), die sich auf gemahnte Schuldner bezieht, und wo gleichwohl dem Legatar Früchte erst von der Litiscontestation an zugesprochen werden. Und außerdem kommen vorzugsweise zwei Stellen Ulpian's [5]) in Betracht, in welcher Beziehung ich ebenfalls auf die früheren Ausführungen verweisen kann.

Für die Früchte allein wäre noch Folgendes anzumerken.

Daß Julian und Gajus bereits beim Damnationslegat die Mahnungsfrucht zugelassen hätten: wird angesichts von Gaj. II, 280 niemand behaupten wollen. Freilich heißt es hier nur: legatorum vero usurae non debentur. Allein unmittelbar vorher ging doch: fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit; und andererseits werden Mahnungsfrüchte doch nur mit dem Fideicommiß und dem legatum sinendi modo in Verbindung gebracht. Daß hier die Mahnungsfrüchte beim Damnationslegat nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden, hat wohl darin seinen Grund: daß wir es mit einem Rescripte zu thun haben. Dem Kaiser Hadrian mag gerade ein Fall zur Beurtheilung vorgelegen haben, wo es sich nur um einen Zinsenanspruch handelte.

Uebrigens besitzen wir von Julian noch eine andere Stelle [6]), die auch sonst auf das Damnationslegat bezogen wird [7]), und wo der

---

[3]) Siehe oben § 77, S. 185—190.

[4]) c. 2 de us. et fruct. 6, 47.

[5]) fr. 39 § 1 Leg. I; fr. 24 § 14 de fid. com. lib. 40, 5.

[6]) fr. 91 § 7 Leg. I.

[7]) Vgl. v. Savigny, System, Bd. 6, S. 155, Anm. 1.

der Anspruch auf Früchte wie sonstige Bereicherung erst von der Litiscontestation an zugestanden wird.

Außerdem verdient folgende Stelle von Paulus Beachtung.

fr. 23 Leg. I. — Paulus libro tertio ad Sabinum.

Si quis bonorum partem legaverit, ut hodie fit, sine fructibus restituitur, nisi mora intercesserit heredis.

Die Stelle bezieht sich auf die partitio legata, in welcher Beziehung wir uns zunächst darüber verständigen müssen: welcher Legatenart wir dasselbe unterordnen wollen.

Theophilus [8]) faßt das Partitionslegat als eine eigne Art Legat auf. Es heißt bei ihm:

Τὸ γὰρ παλαιὸν ἦν πέμπτον γένος ληγάτου καὶ ἐλέγετο παρτιτίων ἤτοι μερικόν.

Dagegen heißt es bei Ulpian [9]):

Legamus autem quattuor modis: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem.

Minder entschieden drückt sich Gajus II, 192 aus:

Legatorum utique genera — quatuor.

d. h.: es gibt jedenfalls vier Arten Legate. Statt utique lesen Böcking und Huschke freilich itaque; allein gegen die Handschrift.

So scheint es denn unter den Römischen Rechtsgelehrten eine Streitfrage gewesen zu sein: ob das Partitionslegat eine Art Legat für sich bilde, oder nicht. Jedenfalls wird diese Streitfrage aber keine große Bedeutung gehabt haben. Es wird immer unter den andern vier Legatenarten eine gewesen sein, nach welcher sich das Partitionslegat im wesentlichen richtete; denn sonst hätte kein Römischer Rechtsgelehrter auf den Einfall gerathen können, nur von vier Legatenarten zu sprechen.

Somit sind wir denn, selbst wenn wir Theophilus vor Ulpian den Vorzug geben wollten, keineswegs der Mühe überhoben, zu untersuchen: welcher von den vier allgemein anerkannten Legatenarten wir das Partitionslegat unterzuordnen haben. Und in dieser Hinsicht wird es zweckmäßig sein, zuvörderst die Frage zu beantworten: ob aus dem Partitionslegat ein sachenrechtlicher, oder lediglich ein obligatorischer Anspruch hervorging.

---

[8]) Paraphrasis II, 23, § 5.

[9]) Fragm. 24, 2.

Hierauf scheint nun auf den ersten Augenblick folgende Stelle [10]):

Potest autem heres vel paucioribus vel in [11]) una re relictam partem legatario dare, in quam vel legatarius consenserit vel judex aestimaverit, ne necesse haberet legatarius in omnibus rebus vindicare portionem.

eine sehr bestimmte Antwort zu enthalten, und uns auf das Vindicationslegat hinzuweisen.

Allein vindicare hat auch die allgemeinere Bedeutung „in Anspruch nehmen" [12]), und in dieser allgemeineren Bedeutung ist es meines Erachtens in der vorliegenden Stelle zu verstehen. Denn wäre das Partitionslegat ein Vindicationslegat gewesen, so hätte eine Streitfrage darüber: utrum rerum partes an aestimatio debeatur — wie sie unter den Sabinianern und Proculejanern vorhanden war [13]), gar nicht aufgeworfen werden können. Ferner ist die Auffassung als Vindicationslegat schlechterdings nicht mit der Ansicht des Pomponius vereinbar [14]), welche die herrschende wurde: daß der Erbe regelmäßig die Wahl haben solle, ob er bei Sachen eine wirkliche Theilung vornehmen, oder den Werth des vermachten Theiles auskehren wolle. Endlich hätte sich unter dieser Voraussetzung das Partitionslegat auf die eigentlichen Sachen beschränken müssen, und nicht auf Forderungen u. dgl. erstrecken können; worauf es doch auch ging, da es sich hierbei um einen quoten Theil vom Ueberschusse sämmtlicher Activa über die Passiva handelte [15]).

Rudorff [16]) erblickt in dem ganzen fr. 27 Leg. I Justinian'sche Decision und verweist wegen der Vindication auf fr. 56 R. V. 6, 1.

Müssen wir aber annehmen, daß das Partitionslegat jedenfalls zur Zeit der Pandektenjuristen nur einen obligatorischen Anspruch hervorrief; so werden wir vor allen Dingen auf das Damnationslegat

[10]) fr. 27 Leg. I.

[11]) Statt in ist wohl imo zu lesen. Th. Mommsen schaltet vor paucioribus ein zweites in ein.

[12]) Vgl. z. B. fr. 7 pr. de off. proc. 1, 16; fr. 6 § 6 de off. praes. 1, 18; fr. 24 de tut. datis 26, 5; Gaj. ep. II, 5 § 6 und zu der letzten Stelle Brinz, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14, S. 111.

[13]) fr. 26 § 2 Leg. I.

[14]) fr. 26 § 2 Leg. I.

[15]) Vgl. Kuntze, Institutionen, § 921; Arndts Vermächtnisse, Bd. I, S. 22, 23; fr. 104 § 7 Leg. I; fr. 9 Leg. II.

[16]) Die Grabinschrift der Murdia, in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 9, S. 307, 308.

verwiesen [17]), von dem es bei Gajus [18]) unter anderm heißt: optumum autem jus est per damnationem legatum [19]). Und daß wir das Partitionslegat dem Damnationslegat unterordnen, dafür sprechen außerdem sowohl sachliche als formelle Gründe.

Das legatum sinendi modo paßt schon deshalb nicht, weil dieses den belasteten Erben nicht zu positiver Thätigkeit verpflichtete [20]); dagegen beim Partitionslegat sollte der belastete Erbe ganz entschieden thätig werden: er sollte theilen. Und in formeller Beziehung enthielt das Partitionslegat ebensowohl, wie das Damnationslegat, einen Befehl zu positiver Thätigkeit; während das legatum sinendi modo den Belasteten nur zu einem Dulden verpflichtete.

Die Form, in der ein Partitionslegat hinterlassen wurde, war nämlich: „heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito“ [21]), auch wohl „partiri jubeo“ [22]) entsprechend der Form des Damnationslegates „heres meus Stichum servum meum dare damnas esto, dato, facito, heredem meum dare jubeo“ [23]); während das legatum sinendi modo weit matter dahin lautete: „heres meus damnas esto sinere, Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere“ [24]).

Werden wir aber auf verschiedenen Wegen zum Damnationslegat geführt; so müßte, falls unsere bisherigen Untersuchungen richtig sind, die Mahnung zur Zeit des Paulus beim Partitionslegat keinen Anspruch auf Früchte hervorgebracht haben. Ich müßte mithin den Nachweis liefern, daß die in Frage stehende Stelle des Paulus unter den Händen der Compilatoren gelitten hätte; und in der That ist die Stelle einer Interpolation dringend verdächtig.

Denn was in aller Welt könnte wohl vom Standpunkte des Paulus aus das „ut hodie fit“ bedeuten? Zum unmittelbar vor-

---

[17]) So auch Rudorff a. a. O., S. 306, 307. — Mayer, die Lehre von den Legaten § 4, Anm. 15, und Arndts, die Lehre von den Vermächtnissen Bd. I, S. 32, nehmen freilich an: daß auch eine partitio sinendi modo legata vorkam — allein doch nur, um den Anspruch auf Früchte in unserer Stelle zu erklären.

[18]) Inst. II, 197.

[19]) Vgl. auch Ulp. 24 § 11 a.

[20]) Gaj. II, 214, 215.

[21]) Ulp. XXIV § 25. Theoph. II, 23 § 5.

[22]) Cic. pro Cluentio VII § 21.

[23]) Gaj. II, 201; Ulp. XXIV, 4.

[24]) Gaj. II, 209; Ulp. XXIV, 5.

hergehenden „Si quis bonorum partem legaverit" können wir es unmöglich beziehen. Denn daß das Partitionslegat ein verhältnißmäßig junges, kurz vor oder zur Zeit des Paulus in Aufnahme gekommenes Rechtsgebilde gewesen sei: steht mit allen sonstigen Ueberlieferungen in Widerspruch; Partitionslegate gab es schon zu Cicero's Zeiten [25]).

Beziehen wir aber die Worte „ut hodie fit" zum Nachfolgenden, so würde der Sinn der Stelle dieser sein: wenn jemand einen Theil seiner Güter legirt hat, so wird, wie dies heutzutage der Fall, ohne Früchte geleistet; der Erbe müßte denn gemahnt sein. Darnach hätte man anzunehmen: früher seien beim Partitionslegat die Früchte stets mit herausgegeben, und erst später sei diese Verbindlichkeit zum Ersatz der Früchte auf den Fall einer Mahnung beschränkt worden. Allein daß sich das Recht beim Partitionslegat in dieser Weise entwickelt hätte: ist mindestens nicht sehr wahrscheinlich.

Somit dürfte nichts anderes, als die Annahme einer Interpolation übrig bleiben. Lediglich der erste Satz „Si quis bonorum partem legaverit" wird von Paulus herrühren. Was darauf folgte, paßte den Compilatoren nicht; sie strichen es und fügten den Satz an: ut hodie fit, sine fructibus restituitur, nisi mora intercesserit heredis. Die Worte ut hodie fit beziehen sich demnach auf die Zeit der Justinian'schen Compilatoren; ihr Gegensatz ist die Zeit des Paulus. Und der Sinn wäre dann folgender: heutzutage verhält es sich mit dem Partitionslegat anders als zur Zeit des Paulus, denn heutzutage werden keine Früchte mit erstattet, wenn nicht der Erbe eine Mahnung unbeachtet ließ.

Eine andere Erklärung des ut hodie fit wäre die: die Justinianschen Compilatoren hätten hervorheben wollen, daß auch nach Justinianschem Rechte trotz aller Ausgleichung von einem Partitionslegate in so fern die Rede sein könne, als der Testator es in seiner Macht hatte, jemand eine Erbschaftsquote in der Weise zuzuwenden, daß dieser nur Singularsuccessor wurde [26]). Die Compilatoren haben nämlich an einer andern Stelle [27]) in ähnlicher Weise eingeschaltet: legari enim posse etiam portionem hereditatis placet nobis [28]).

[25]) Cic. pro Caec. V § 15; pro Cluentio VII, § 21; de Legibus II, 21 § 53.

[26]) Vgl. v. Vangerow, Pandekten, Bd. II, § 556.

[27]) fr. 22 § 5 ad S. C. Treb. 36, 1.

[28]) Siehe d'Arnaud, Variarum conjecturarum Lib. II, Cap. II, pag. 234.

Was Paulus selber geschrieben haben mag, das läßt sich nicht mehr ermitteln. Ich muß mich in dieser Beziehung darauf beschränken, irgend eine beliebige Möglichkeit hinzustellen. So hätte z. B. Paulus dem Gedanken Worte leihen können: daß bei einem Partitionslegate zwar der Legatar keinen Anspruch auf Früchte habe, daß aber in Folge des Rechtssatzes „lis infitiando crescit in duplum", der noch zur Zeit des Paulus beim certen Damnationslegat Anwendung fand [29]), ein augmentum anderer Art hinzutreten könne. Dies paßte den Compilatoren nicht mehr [30]), und sie ersetzten daher den Gedanken des Paulus durch einen andern.

Diese Betrachtung über das, was Paulus möglicherweise geschrieben haben könnte, beansprucht selbstverständlich keinen höhern Werth, als den einer ganz unbestimmten Vermuthung. Es kommt hierauf auch im Grunde wenig an. Mir lag hauptsächlich daran, das Vorhandensein einer Interpolation wahrscheinlich zu machen. Und daß unsere Stelle, so wie sie im Corpus juris steht, nicht aus der Feder des Paulus geflossen sein kann: scheint mir ziemlich zweifellos zu sein.

Meines Erachtens sind die Justinian'schen Compilatoren in dieser Beziehung sogar ziemlich ungenirt zu Werke gegangen; und was sie vom wirklichen Paulus nachgelassen haben, ist kaum viel mehr als die Ueberschrift.

Diesem allem zufolge können wir denn auch für die Mahnungsfrucht füglich den Satz aufstellen: daß dieselbe noch zu Kaiser Caracalla's Zeit beim Damnationslegat nicht vorkam; und ebenso wenig steht hier, wie bei der Mahnungszinse, der Annahme etwas entgegen: daß dieser Zustand bis zur Justinian'schen Ausgleichungsgesetzgebung fortgedauert habe.

Freilich hat Liebe [31]) sowohl in Bezug auf Mahnungszinsen als Mahnungsfrüchte eine andere Ansicht aufgestellt, aber nur sehr schwach zu begründen vermocht; und auf diese Liebe'sche Beweisführung will ich zum Schluß noch eingehen.

Zunächst begegnen wir bei Liebe, S. 62, folgendem ganz richtigen Satze:

„Eine durch Interpellation bewirkte mora führt bei der condictio certi nie zur Berücksichtigung der Früchte und Accessionen."

---

[29]) R. S. I, 19, 1.

[30]) Vgl. § 7 J. de obl. quae quasi ex contr. 3, 27.

[31]) Stipulation, S. 62—65.

Dann lesen wir bei ihm S. 63:

„Da nun aber auch incerta per damnationem vermacht sein konnten, so mußte in solchen Fällen die intentio auf quidquid ob eam rem dari fieri oportet gerichtet sein, — — — — — —

Es erklärt sich daher, daß der Richter befugt ist, wegen des Verzuges Zinsen und Früchte zuzuerkennen. Daß dieses auf das Damnationslegat bestimmter Sachen ausgedehnt sei, hat keinen Zweifel."

Was nun zunächst die Behauptung anbetrifft, daß auch incerta auf dem Wege des Damnationslegates vermacht werden konnten; so hat Liebe es in dieser Beziehung an allem und jedem Belege fehlen lassen. Bestimmtere Nachweisungen wären mir aber im vorliegenden Falle um so lieber gewesen, als ich so nicht recht sehe: was Liebe eigentlich im Sinne gehabt haben mag. Allerdings war es jedenfalls in späterer Zeit zuläßig, auch ein eigentliches facere, das wir uns doch als ein incertum zu denken haben, zum Gegenstande eines Damnationslegates zu machen. So kennt Ulpian für das Damnationslegat schon die Formel facito [32]. Ferner sagt Paulus [33]: damari heres potest, ut alicui domum exstruat, aut aere alieno eum liberet [34]. Damit wäre aber für unsere Frage noch nicht viel gewonnen. Denn für uns handelt es sich um Summen, die Zinsen, und Sachen, die Früchte tragen. Daß aber Geldsummen und fruchttragende Sachen als incertum Gegenstand des Damnationslegates hätten sein können: scheint mir mindestens keine unbedenkliche Annahme zu sein. Wir begegnen bei Gajus zwar Beispielen von Damnationslegaten auf Sachen, die so aussehen, als ob sie ein incertum vorstellen könnten; sicher ist es aber doch keineswegs. So möchte man versucht sein: wenn man z. B. Gaj. II, 203.

> Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, velut fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.

vergleicht mit:

---

[32]) Ulp. XXIV, 4.

[33]) R. S. III, 6, § 11.

[34]) Vgl. auch § 21 J. de leg. 2, 20; fr. 14 V. O. 45, 1. — Arndts a. a. O. S. 21.

fr. 75 § 4 V. O. 45, 1. — Ulpianus.

> Illud dubitationem recipit, si quis id, quod ex Arethusa ancilla natum erit, aut fructus, qui in fundo Tusculano nati erunt, dari sibi stipulatus sit, an certum stipulatus videatur. sed ipsa natura manifestissimum est incerti esse hanc stipulationem.

an ein incertes Damnationslegat zu denken, indem man so folgerte: was Ulpian bei der Stipulation, muß er doch auch bei dem Damnationslegat für ein incertum gehalten haben.

Allein ganz unbedenklich wäre schon dieser Schluß nicht. Denn auf dem Boden des Römischen Formalismus ist das bloße Schlußfolgern stets ein gewagtes Experiment. So z. B. hält Ulpian selber bei der fidejussio für ein certum, was er im allgemeinen bei der Stipulation als ein incertum betrachtet [35]). Und so hätte er füglich, was ihm als Inhalt einer Stipulation ein incertum gewesen wäre, beim Damnationslegat als ein certum behandeln können.

Ferner spricht sich Ulpian selber in dem gedachten fr. 75 § 4 V. O. 45, 1 zwar sehr bestimmt aus; er muß indes gleichwohl einräumen, daß die Sache zweifelhaft sei. Und so wäre sehr wohl möglich, daß Gajus wie das betreffende Legat, so auch die betreffende Stipulation für eine certe gehalten hätte.

Dann wolle man noch dies bedenken. Die Römer hatten für Sachleistungen als incertum eine besondere Legatenform, das legatum sinendi modo [36]). Wie hätten sie also dazu kommen sollen: neben dem certen Damnationslegat für Sachleistungen noch ein incertes für Sachleistungen anzunehmen? Hätte es da nicht viel näher gelegen, wenn jemand ungeschickter Weise für ein incertum dieser Art die Form des Damnationslegates angewandt hätte, dasselbe als ein legatum sinendi modo zu behandeln?

Freilich konnten vermittelst des legatum sinendi modo nach Gajus keine fremden Sachen vermacht werden [37]). Indes, wie es heutzutage einem Testator so leicht nicht einfällt, fremde Sachen zu vermachen; wird dies auch in Rom wohl nicht allzuhäufig vorgekommen sein.

Worauf ich aber das Hauptgewicht lege — Gajus II, 204 sagt vom Damnationslegat auf Sachleistungen:

---

[35]) fr. 75 § 6 V. O. 45, 1.

[36]) Gaj. II, 213.

[37]) Gaj. II, 210.

Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est. ideo legatarius in personam agere debet, id est, intendere, heredem sibi dare oportere.

Daraus scheint doch hervorzugehen: daß es wenigstens zur Zeit des Gajus nur ein certes Damnationslegat auf Sachleistungen gab; daß wir namentlich auch Gaj. II, 203 auf ein solches zu beziehen haben. Denn sonst hätte Gajus auch der Intention „quidquid heredem ex testamento dare facere oportet" gedenken müssen.

Gesetzt indessen, es hätte in späterer Zeit wirklich incerte Damnationslegate auf Sachleistungen gegeben, was folgt daraus? Höchstens, daß das incerte Damnationslegat in Bezug auf Mahnung wie ein legatum sinendi modo behandelt wurde. Für das certe Damnationslegat ist damit noch nichts entschieden. Und ganz unbegreiflich ist es mir, wie Liebe auf Grund solcher Vordersätze zu dem Ergebnis gelangen konnte: „daß dieses (nämlich der Anspruch auf Mahnungsfrüchte und Zinsen) auf das Damnationslegat bestimmter Sachen ausgedehnt sei, hat keinen Zweifel".

Weiter stoßen wir bei Liebe, S. 64, auf folgenden Satz:

„Da indes die L. 1 C. de usur. leg. zeigt, daß man auf jeden Fall bei Geldsummen von Zeit der Litiscontestation Zinsen zuerkannte, also die Grundsätze der condictio certi unzweifelhaft verlassen hatte; — — so ist anzunehmen, daß man auch beim Damnationslegat bestimmter Geldsummen Verzugszinsen zuerkannte."

Dieser Schluß ist durchaus fehlsam. Denn daraus, daß man einen Anspruch nach der Litiscontestation als einen incerten behandelte, folgt noch keineswegs, daß man es auch vor der Litiscontestation that. Das Gegentheil lehrt z. B. sehr eindringlich fr. 38 § 7 Us. 22, 1.

Unmittelbar nach den eben ausgeschriebenen Worten fährt Liebe so fort:

„Dann muß aber die von Gajus erwähnte Litiscrescenz beim Damnationslegat mit dieser Ausdehnung verschwunden, und ihre Abschaffung nicht erst der Gleichstellung der Legate und Fideicommisse zuzuschreiben sein."

Allein das Gegentheil ergibt § 7 J. de obl. quae quasi ex contr. 3, 27, wie Liebe in der Anmerkung 2 selber einräumen muß.

Und hieran schließt sich dann wieder folgende Behauptung:

„Diese Ausdehnung kann aber nur dadurch herbeigeführt sein, daß man statt der condictio certi eine Klage auf das incertum: quidquid ob eam rem dari fieri oportet, allgemein auch für das Damnationslegat bestimmter Sachen gestattete: so daß der Legatar die Wahl hatte, ob er die actio ex testamento (analog der actio ex stipulatu) oder die condictio certi anstellen wollte."

Ich glaube nach dem Voraufgehenden nicht nöthig zu haben, diesen Satz noch besonders zu widerlegen.

§ 84.

Freiheitsfideicommiß.

Durch Testament konnte die Freiheit einem Sclaven entweder direct oder auf dem Wege des Fideicommisses zugewandt werden [1]. Die directe testamentarische Freilassung beschränkte sich auf die eigenen Sclaven des Testators [2]; während auf dem Wege des Fideicommisses die Freiheit auch den Sclaven des Erben oder eines anderswie Bedachten, sowie fremden Sclaven hinterlassen werden konnte [3].

Wenn sonach das Freiheitsfideicommiß ein weiteres Gebiet hatte, als die directe testamentarische Freilassung, waren andererseits ihre Wirkungen geringer. Bei den letztern erhielt der Sclave seine Freiheit im Augenblicke der Erbschaftsantretung, ohne daß es einer Freilassung bedurfte, unmittelbar vom Testator: er wurde libertus orcinus. Das Freiheitsfideicommiß hingegen erzeugte nur einen Anspruch auf Freilassung gegen den damit Belasteten, und verschaffte diesem die Patronatsrechte [4].

Dieser Anspruch auf Freilassung konnte vom Sclaven gegen den Belasteten, sobald die Erbschaft angetreten war, zwar klagend geltend gemacht werden [5]. Damit war indes die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß sich die Sache hinzögerte. Schon darauf mochte Zeit hingehen, bevor es zur Erbschaftsantretung kam; und auch nach der-

---

[1]) Ulp. II, 7.

[2]) Ulp. I, 23; Gaj. II, 267.

[3]) Ulp. II, 10; Gaj. II, 264, 272.

[4]) Ulp. II, 8; Gaj. II, 267; § 2 J. de sing. reb. 2, 24.

[5]) fr. 53 de jud. 5, 1; fr. 44 de fid. lib. 40, 5; c. 11 C. eod. 7, 4.

selben konnten sich der Freilassung Hindernisse mannigfacher Art in den Weg stellen.

Solcher Verzug hätte für das Freiheitsfideicommiß manche nachtheilige Wirkungen in seinem Gefolge haben können. Zu deren Abwendung waren eine Reihe gesetzlicher Bestimmungen getroffen, von denen die wichtigeren hier angegeben werden sollen. Diese gesetzlichen Bestimmungen haben freilich nicht immer unsere Mahnung zu ihrer Voraussetzung. Allein weil in den Quellen bei dieser Gelegenheit häufig von Mora die Rede ist, und es sich darum handelt: sichere Anhaltspunkte zu gewinnen, um beurtheilen zu können, ob die Quellenstellen sich im einzelnen Fall auf die technische Mora beziehen — mußte dieser Gegenstand in einem etwas weiteren Umfange besprochen werden. Die bisherigen Schriftsteller über die Mora beschäftigen sich mit demselben nur sehr flüchtig; am eingehendsten hat ihn in neuerer Zeit Zimmern [6]) erörtert.

I. Der mit dem Freiheitsfideicommiß bedachte Sclave konnte, wie bereits angegeben, gegen den Belasteten klagbar auftreten. Wenn aber dieser nun contumax war, oder latitirte, oder seine Abwesendheit anderweitige Gründe hatte? Hier griffen verschiedene Gesetze, namentlich Senatusconsulte, ein, unter andern: das S. C. Rubrianum vom Jahre 101 nach Chr. Geb., das S. C. Dasumianum aus demselben Jahre [7]), und das S. C. Juncianum unter Commodus (180—192) erlassen.

Das Senatusconsultum Rubrianum berücksichtigte den Fall: wenn der Testator seinem eignen Sclaven die Freiheit fideicommissarisch zugewandt hatte, und der Belastete latitirte oder contumax war. Hier sollte der Sclave durch den Ausspruch des Prätors, daß die Freiheit geschuldet werde, in dieselbe Lage kommen, wie wenn er vom Testator direct freigelassen wäre: contumax und latitans verloren also die Patronatsrechte [8]).

Das S. C. Juncianum ist eine Erweiterung der S. C. Rubrianum.

---

[6]) Rechtsgeschichte, Bd. I, § 203, 204. Aus der älteren Literatur ist hervorzuheben Ramos del Manzano de SCC. et constitutionibus circa moram in fideicommissaria libertate factis, in Meermann's Thesaurus VII, p. 39—42.

[7]) Vgl. Rudorff, Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 120.

[8]) fr. 26 § 7—11; fr. 27; fr. 28 pr. — § 3; fr. 33 § 1; fr. 36 pr.; fr. 49 de fid. lib. 40, 5.

Es bezog sich auf den Fall: wenn einem nicht zur Erbschaft gehörigen Sclaven, mochte dieser nun ein fremder sein oder dem Belasteten gehören, die Freiheit fideicommissarisch hinterlassen war. Dieser sollte, wenn der Belastete latitirte oder contumax war, durch Ausspruch des Prätors: daß eine Verpflichtung zur Freilassung vorhanden sei — in dieselbe Lage kommen, wie wenn er vom Verpflichteten wirklich freigelassen wäre [9]). Hier wurde also der contumax und latitans nicht nachtheiliger gestellt, als der freiwillig Erfüllende. Es sollte nur derselbe Zustand wie bei freiwilliger Erfüllung eintreten. Und daß die Wirkung des S. C. Rubrianum hier nicht Platz griff, ist sehr begreiflich, da der Testator es selber nicht in seiner Macht gehabt hätte: einem nichterbschaftlichen Sclaven durch Testament direct die Freiheit zu verschaffen.

Das S. C. Dusumianum traf für den Fall Bestimmungen: wenn der mit dem Freiheitsfideicommiß Belastete nicht contumax oder latitans, sondern einfach abwesend, und seine Abwesendheit eine gerechtfertigte war; oder wenn wegen Unmündigkeit, Wahnsinn, Kriegsgefangenschaft des Belasteten u. dgl. die Freilassung sich hinzögerte. Es sollte hinreichend sein, wenn der Prätor dies, sowie daß die Freiheit geschuldet werde, aussprach, um den Sclaven in die Lage zu bringen, wie wenn er wirklich freigelassen wäre [10]).

Hier war also die Wirkung nicht so umfassend, wie beim S. C. Rubrianum, sondern dieselbe, wie beim S. C. Juncianum: der Sclave wurde nicht libertus orcinus, sondern Freigelassener des Belasteten. Und dies hatte seinen guten Grund darin: daß man den, dessen Abwesendheit eine gerechtfertigte war, oder der sich in ähnlichen Verhältnissen befand, unmöglich auf gleiche Stufe mit einem Latitirenden und Ungehorsamen stellen konnte.

Was den Umfang, in welchem das S. C. Dasumianum zur Geltung kam, anbetrifft, so vermag ich nicht mit Bestimmtheit anzugeben: ob es sich wie das S. C. Rubrianum nur auf erbschaftliche, oder auch auf andere Sclaven bezog. Bedenkt man, daß das S. C. Dasumianum in demselben Jahre, wie das S. C. Rubrianum erlassen wurde; und daß erst fast ein Jahrhundert später das S. C. Juncianum bei vorhandener latitatio oder contumacia auf Seiten

---

[9]) fr. 28 § 4; fr. 47 § 1; fr. 51 § 8 de fid. lib. 40, 5.

[10]) fr. 51 § 4—6; fr. 22 § 2; fr. 36 pr. de fid. lib. 40, 5.

des Belasteten die nichterbschaftlichen Sclaven berücksichtigte: so dürfte wahrscheinlicher sein, daß sich das S. C. Dasumianum, ebenso wie das S. C. Rubrianum auf die erbschaftlichen Sclaven beschränkte.

Ich wende mich jetzt zur Erörterung nachstehender Codexstelle.

c. 15 de fid. lib. 7, 4. — Imp. Justinianus A. Juliano. 530.

> Ancillam sive servum, quum fideicommissaria libertas eis relicta sit, sancimus, si mora libertatis a debitore facta fuerit, sententia praesidis eripi in libertatem, et nullo facto aut voluntate ab herede exspectanda, sed talem habere eos libertatem, quasi ab ipso testatore directis verbis fuerint libertatem consecuti, quum satis impium atque absurdum est, heredes testatoris differre voluntates, maxime quum ad libertatem respiciant.

Kaiser Justinian verordnet hier: daß ein Sclave oder eine Sclavin, denen die Freiheit fideicommissarisch hinterlassen sei, si mora libertatis a debitore facta fuerit, durch Ausspruch des Präses zur Freiheit geführt werden sollen; auf Handlungen des Erben brauchten sie nicht zu warten, sondern sollten die Freiheit in dem Umfange haben, wie wenn sie sie vom Testator direct erhalten hätten; denn ruchlos sei es vom Erben, die Ausführung eines letzten Willens aufzuschieben, zumal wo es sich um Freiheit handle.

Die Stelle droht also dem mit dem Freiheitsfideicommisse Belasteten, si mora facta fuerit, den Nachtheil: daß an die Stelle der Freilassung der Ausspruch des Präses tritt, und es so angesehen wird, als sei der Sclave vom Testator direct freigelassen. Direct konnte aber der Testator nur eignen Sclaven die Freiheit zuwenden. Wenn demnach der Sclave als direct vom Testator freigelassen betrachtet werden sollte; so kann sich diese Stelle nur auf den Fall beziehen, wo der Testator eignen Sclaven die Freiheit fideicommissarisch zugedacht hatte. Es schließt sich also dieses Gesetz Justinian's sowohl in seinen Wirkungen, als in Bezug auf das Erfordernis des erbschaftlichen Sclaven an das S. C. Rubrianum an.

Was das S. C. Rubrianum bei latitatio und contumacia des Belasteten festsetzte: daß nämlich durch Ausspruch des Prätors der eigne Sclave des Testators in die Lage kommen solle, als sei er vom

Testator direct freigelassen — dasselbe verordnet Justinian für den Fall, si mora libertatis a debitore facta fuerit.

Mora ist hier technisch zu nehmen, und von unserer Mahnung zu verstehen. Dies dürfte schon an sich nicht zweifelhaft sein, wird aber noch durch folgenden Umstand bestätigt. Die fragliche c. 15 de fid. lib. ist nämlich vom selben Datum, dem 1. October 530, und an denselben praefectus praetorio, nämlich A. Julianus, gerichtet, wie c. ult. C. ad S. C. Orph. 6, 57, die ebenfalls von den Wirkungen unserer Mahnung handelt [11]. Beide Constitutionen werden demnach ursprünglich wahrscheinlich ein Gesetz gewesen sein. Die Wirkungen des S. C. Rubrianum wurden also von Justinian auf die einfache Mahnung übertragen; und diese Wirkungen waren insofern für den Schuldner von materiellem Nachtheil, als er der Patronatsrechte verlustig ging.

In dieser Weise scheinen bereits v. Madai [12] und Zimmern [13] unsere Stelle aufzufassen; während Wolff und Mommsen sie ganz mit Stillschweigen übergehen.

II. So lange der mit dem Freiheitsfideicommiß bedachte Sclave die Freiheit noch nicht hatte, gehörte er dem bisherigen Eigenthümer, oder, wenn es ein erbschaftlicher Sclave war, dem Erben, sobald dieser die Erbschaft angetreten hatte. Der Eigenthümer konnte über ihn frei verfügen, ihn z. B. veräußern. Aber auch wider dessen Willen, z. B. in Folge einer Vermögensconfiscation, konnte das Eigenthum auf einen andern übergehen. Eine derartige Veränderung des Eigenthümers hätte für den Sclaven unter Umständen von Nachtheil sein können, nämlich dann: wenn ein zur Erbschaft, oder dem Belasteten selber gehöriger Sclave in das Eigenthum eines Fremden gekommen war. Stand dagegen der mit dem Freiheitsfideicommiß bedachte Sclave von vorne herein im Eigenthum eines Fremden, so konnte seine Lage durch etwaige Veräußerung nicht schlimmer werden. Denn in diesem Falle hatte das Freiheitsfideicommiß überhaupt nur unter der Voraussetzung Bedeutung: daß der Eigenthümer bereit war, den Sclaven an den mit dem Fideicommiß Belasteten zu verkaufen. Wollte dieser gar nicht verkaufen, oder doch nicht an den Belasteten; so konnte das

---

[11] Siehe unten Nr. V, S. 299.

[12] a. a. O., S. 171.

[13] Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 752.

Freiheitsfideicommiß nicht ausgeführt werden [14]). Eine Veränderung im Eigenthum hatte hier also nur die Wirkung, daß die Freiheit des Sclaven, wie bisher vom früheren, so vom jetzigen Eigenthümer abhing.

Damit nun in den Fällen, wo der Sclave zur Erbschaft, oder dem Belasteten gehört hatte, ein Wechsel im Eigenthum keine nachtheiligen Wirkungen äußere, war besondere Vorkehr getroffen.

Hier griffen zunächst kaiserliche Constitutionen ein [15]), die zu wiederholten Malen den Satz ausgesprochen hatten: daß jeder, in dessen Eigenthum ein mit dem Freiheitsfideicommiß wirksam bedachter Sclave gekommen sei, zur Freilassung gezwungen werden könne. Diesen Satz brachte man selbst bei bedingten Fideicommissen zur Anwendung, wenn die Bedingung nachher eintrat [16]).

Weiter gingen die Kaiser Hadrian (117—138) und Pius (138—161), welche dem Sclaven, der vom neuen Eigenthümer nicht freigelassen werden wollte, das Recht einräumten, die Freiheit vom ursprünglich Belasteten zu fordern. Und selbst wenn er schon vom neuen Eigenthümer freigelassen war, sollte er nach einem Rescripte des Kaisers Pius noch Freigelassener des ursprünglich Belasteten werden können [17]).

Ueberhaupt meint Ulpian, aus dessen Monographie über Fideicommisse das angeführte fr. 24 § 21 entnommen ist: sobald nur der Sclave eine Verletzung nachweisen könne, sei es aus der Person des Freilassenden oder aus welchem Grunde sonst, möge die Verletzung durch Freilassung noch bevorstehen, oder bereits eingetreten sein; müßte er auf Grund dieser Constitutionen Anspruch auf Schutz haben.

Da aber der Sclave immer sagen mußte, ob und von wem er freigelassen werden wollte; so haben die hier in Frage stehenden Vergünstigungen des Freiheitsfideicommisses eine Mahnung des damit Bedachten zu ihrer Voraussetzung. So lange derselbe nicht gemahnt hat, ändert sich nichts in seinem Sclavenzustande; wie dies von Ulpian sehr bestimmt in folgender Stelle ausgesprochen wird [18]):

---

14) fr. 31 § 4; fr. 51 § 2 de fid. lib. 40, 5.
15) fr. 24 § 21; fr. 26 pr. de fid. lib. 40, 5.
16) fr. 24 § 21; fr. 45 § 2 de fid. lib. 40, 5.
17) fr. 24 § 21; fr. 15 de fid. lib. 40, 5; fr. 43 A. E. V. 19, 1.
18) fr. 45 § 2 de fid. lib. 40, 5.

Quotiens servo vel ancillae fideicommissaria libertas relinquitur, in ea condicione est, ut, quoad manumittatur, servilis condicionis sit: et quidem si nullam moram praestandae libertati qui praestare debet fecit, nihil statu eorum mutatur: ideoque eos interim legari posse, sed cum sua causa, constat.

Gleichwohl kann man hier nicht von Wirkungen unserer Mahnung sprechen. Denn die Obligation, um die es sich hier handelt, wird nicht in Folge einer nicht beachteten Mahnung erst umgestaltet; diese Umgestaltung, die darin bestand: daß der Bedachte statt einer einfachen Forderung ein Wahlrecht erhielt — war vielmehr bereits früher durch den eingetretenen Eigenthumswechsel erfolgt.

In dem vorhin besprochenen fr. 24 § 21 faßt Ulpian nur zwei, freilich die am häufigsten vorkommenden Fälle der Eigenthumsveränderung in's Auge: Veräußerung und Usucapion. Daß indes Ulpian die fraglichen Constitutionen auch bei Eigenthumsveränderungen anderer Art angewandt wissen wollte, beweist fr. 26 pr. de fid. lib. 40, 5: eine Stelle, die uns wegen der dort vorkommenden mora in re bereits früher beschäftigte [19]). Ulpian leiht hier nämlich dem Gedanken Worte:

„es ist ganz einerlei, ob ein anderer als der eigentlich Verpflichtete die Freilassung vornimmt; es muß doch, wenn der Freigelassene dies für vortheilhafter hält, so angesehen werden, als wäre die Freilassung vom zunächst Verpflichteten erfolgt."

und glaubt diesen Satz auf eine mora in re zurückführen zu müssen. Bei der Gelegenheit bemerkt Ulpian:

nec intercidere solet destinata fideicommissa libertas; qui enim ea donatus est, in possessionem libertatis interim esse videtur.

Dieser Satz scheint auf den ersten Augenblick mit der servilis condicio des fr. 45 § 2 de fid. lib. in Widerspruch zu stehen. Allein mit dem „in possessionem libertatis interim esse" hat Ulpian doch wohl nur ausdrücken wollen: daß ein so Bedachter ganz wie ein Freier in Bezug auf das Fideicommiß mahnen und gar klagen könne. Sofern er hierzu aber noch nicht schreitet, wird er allerdings als Sclave behandelt.

---

[19]) Bd. I, S. 36—41.

III. Eine Hauptfrage für die Römer war: wie es mit den Kindern einer mit dem Freiheitsfideicommiß bedachten Sclavin werden sollte, die in der Zwischenzeit, bevor es zur Freilassung kam, geboren wurden.

1. Zunächst scheidet der Fall aus, wo das Freiheitsfideicommiß dem Willen des Testators gemäß nicht sofort ausgeführt werden sollte. Das Fideicommiß war z. B. dem Substituten eines impubes auferlegt, oder in anderer Weise bedingt, oder auch nur betagt. Hier wurden die in der Zwischenzeit, z. B. bei Lebzeiten des impubes geborenen Kinder Sclaven, und blieben Eigenthum desjenigen, dem sie nach sonstigen Rechtsgrundsätzen zufielen, z. B. des Erben [20]).

2. Dann kommt die mora fortuita in Betracht.

Hierunter begreifen die Römer unter andern den Fall, wenn der belastete Erbe die Erbschaftsantretung deshalb unterließ, weil er von der Erbeinsetzung nichts wußte:

> si postea cognovit se heredem institutum, quam ancilla peperit [21]),

z. B.:

> si post quinquennium mortis testatoris tabulae testamenti apertae essent vel codicilli et partus medio tempore editus sit [22]).

Ferner gehört hierher der Fall, wenn dem belasteten Erben eine Mahnungseinrede zur Seite stand. Er nahm z. B. eine Besinnenszeit in Anspruch, ob er antreten wolle [23]); oder die mit dem Freiheitsfideicommiß bedachte Sclavin mußte erst noch von einem Pfandgläubiger eingelöst werden [24]), wozu der Erbschaftskassenbestand nicht sofort ausreichte:

> si pro commoditatibus rei suae administrandae aes alienum tardius exsolverit [25]).

Bereits Kaiser Pius (138—161) hatte den während einer mora fortuita gebornen Kindern die Ingenuität zugesprochen, eine Entscheidung, die von den Kaisern Severus und Caracalla (198—211)

---

[20]) fr. 26 § 5 de fid. lib. 40, 5; c. 3 C. eodem 7, 4.

[21]) fr. 55 pr. de fid. lib. 40, 5.

[22]) fr. 26 § 3 de fid. lib. 40, 5.

[23]) fr. 55 pr. de fid. lib. 40, 5.

[24]) fr. 26 § 2 de fid. lib. 40, 5.

[25]) fr. 41 § 1 de fid. lib. 40, 5.

gebilligt wurde [26]). Der Fall, um den es sich handelte, war dieser. Ein gewisser Cäcilius hatte seinen Erben auferlegt, eine bei einem Gläubiger verpfändete Sclavin auszulösen und freizulassen. Ehe es indes zur Auslösung kam, waren schon Kinder von der Sclavin geboren und vom Gläubiger verkauft worden. Hinsichtlich dieser Kinder rescribirten nun die Kaiser Severus und Caracalla auf Grund eines Rescriptes von Pius: daß sie, nachdem dem Käufer der Kaufpreis zurückerstattet worden, als Freigeborne zu betrachten; es also gerade so anzusehen sei, als ob die Mutter ihrer Zeit freigelassen wäre.

An sich betrachtet, könnte der Verzug der Erben in dieser Stelle sowohl ein absichtlicher als zufälliger gewesen sein: je nachdem nämlich Erbschaftsgelder zur Einlösung der Sclavin flüssig waren, oder nicht. Da aber Ulpian diesen Fall ausdrücklich der mora fortuita unterordnet [27]), so müssen wir annehmen: daß die Erbschaft den Erben zunächst nicht die Mittel bot, um den Willen des Erblassers sofort ausführen zu können; der Verzug also nicht durch sie veranlaßt war.

In einem andern Falle der mora fortuita hingegen bestimmten die Kaiser Severus und Caracalla nur: daß die in der Zwischenzeit gebornen Kinder der Mutter zum Zwecke der Freilassung übergeben werden sollten [28]).

Während Justinian wieder bei einer durch die Bestimmungen des S. C. Silanianum veranlaßten mora fortuita Ingenuität eintreten läßt [29]).

Und wie die Entscheidungen der Kaiser, so gingen hier auch die Ansichten der Schriftsteller auseinander.

So meint Marcian, wenn der Erbe sich eine Besinnenszeit ausgebeten hatte, ob er antreten wolle: daß die in der Zwischenzeit gebornen Kinder der Mutter zum Zwecke der Freilassung ausgeliefert werden müßten. Hatte aber der Belastete, als das Kind geboren wurde, noch gar nichts von der Erbeinsetzung gewußt, und diese erst später erfahren; so soll er nach Marcian nur verpflichtet sein, das Kind selber freizulassen [30]). Im einen Falle sollte also die Mutter, im andern Falle der Erbe die Patronatsrechte erhalten.

---

[26]) fr. 26 § 2 de fid. lib. 40, 5.

[27]) fr. 26 § 4 de fid. lib. 40, 5.

[28]) fr. 26 § 3 de fid. lib. 40, 5.

[29]) c. 11 C. de his, quibus ut indignis 6, 35.

[30]) fr. 55 pr. de fid. lib. 40, 5.

Die letztere Entscheidung Marcian's steht in Widerspruch mit einer von den Kaisern Severus und Caracalla hinsichtlich desselben Falles getroffenen, wonach die Mutter freilassen sollte [31]).

Auch Modestin weicht insofern von Marcian ab, als derselbe allgemein für den Fall einer mora fortuita annimmt: daß die in der Zwischenzeit gebornen Kinder der Mutter zum Zwecke der Freilassung ausgeliefert werden müßten [32]).

3. Mit der mora fortuita bringen die Römer diejenige mora in Gegensatz, welche data opera, studio manumissoris, heredis herbeigeführt wurde [33]). Und zwar denken sie hierbei vorzugsweise an Vorhandlungen, die der Belastete geflissentlich aufschob. Er trat z. B. die Erbschaft nicht an, obwohl ihm deren Zahlungsfähigkeit sehr wohl bekannt [34]). Oder er löste die verpfändete Sclavin vom Pfandgläubiger nicht ein, obwohl das Geld hierzu vorhanden war [35]). Auf eine etwaige Mahnung wird hierbei keine Rücksicht genommen, obwohl doch auch eine Mahnung dahin denkbar gewesen wäre: Belasteter solle die betreffende Vorhandlung vornehmen. In dieser Beziehung möge man indes die Worte Ulpian's beherzigen [36]):

> plerumque enim per ignaviam vel per timiditatem eorum, quibus relinquitur libertas fideicommissa, vel ignorantiam juris sui vel per auctoritatem et dignitatem eorum, a quibus relicta est, vel serius petitur vel in totum non petitur fideicommissa libertas.

In einem solchen Falle nun, wo der Erbe z. B. mit Antretung der Erbschaft geflissentlich zögerte, sollte er nach Marcian [37]) gehalten sein: die inzwischen gebornen Kinder der mit dem Freiheitsfideicommisse bedachten Mutter auszuliefern, damit diese sie freilasse. Modestin hingegen scheint anzunehmen: daß diese Kinder als Freie geboren wurden [38]). Scävola bedient sich hier der mehrdeutigen Wendung „re-

---

[31]) fr. 26 § 3 de fid. lib. 40, 5.
[32]) fr. 13 de fid. lib. 40, 5.
[33]) fr. 55 pr.; fr. 13; fr. 53 § 1; fr. 41 § 1 de fid. lib. 40, 5.
[34]) fr. 53 § 1 de fid. lib. 40, 5.
[35]) fr. 41 § 1 de fid. lib. 40, 5.
[36]) fr. 26 § 1 de fid. lib. 40, 5.
[37]) fr. 53 § 1 de fid. lib. 40, 5.
[38]) arg. fr. 13 de fid. lib. 40, 5.

praesentandas libertates" [39]), ohne die Lage der Kinder näher in's Auge zu fassen.

4. Wieder anders liegt folgender Fall. Der Belastete legt dem Freiheitsfideicommiß nichts in den Weg, die Sclavin kann jeden Augenblick ihre Freilassung fordern, fordert dieselbe aber nicht.

Hier, meinte Ulpian: müßten die inzwischen gebornen Kinder der Mutter zum Zwecke der Freilassung überliefert werden [40]). Jedoch macht Ulpian eine Ausnahme für die minderjährigen Sclavinnen, deren inzwischen geborne Kinder als Freie geboren sein sollten. Diese Ausnahme führt Ulpian auf eine mora in re zurück, in welcher Beziehung uns die angeführte Stelle bereits früher beschäftigte [41]).

Marcian ging weiter als Ulpian. Die betreffende Stelle [42]) lautet:

> Si quis rogatus ancillam manumittere moram fecerit, si interea enixa fuerit, constitutum est hujusmodi partum liberum nasci et quidem ingenuum. sed sunt constitutiones, quibus cavetur statim ex quo libertas deberi coeperit ingenuum nasci: et hoc magis est sine dubio sequendum, quatenus libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is qui eam debet offerre debeat.

Die Worte „sed sunt constitutiones — — ingenuum" sind zwar erst von zweiter Hand der Florentina hinzugefügt [43]). Die Einschiebung dürfte gleichwohl durchaus unbedenklich sein, da sie dem Zusammenhange nach nicht zu entbehren ist.

Marcian läßt also überall Ingenuität eintreten, wo die Kinder geboren wurden, nachdem die Freiheit gefordert werden konnte. Aus der Begründung, die er gibt, sieht man: daß schon kaiserliche Constitutionen hier einen Zwiespalt darboten. Zimmern [44]) und v. Madai [45]) vermuthen: Marcian habe die von Ulpian in fr. 26 § 2—5 erwähnten Constitutionen im Sinne gehabt. Das ist kaum richtig, denn

---

39) fr. 41 § 1 de fid. lib. 40, 5.
40) fr. 26 § 1 de fid. lib. 40, 5.
41) Bd. I, S. 41—44.
42) fr. 53 pr. de fid. lib. 40, 5.
43) Vgl. Bd. I, S. 43.
44) Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 752, Anm. 44.
45) a. a. O., S. 175, Anm. 383.

die dort erwähnten Constitutionen beziehen sich auf einen ganz andern Fall, den der mora fortuita. Von einer mora fortuita kann man aber schwerlich da sprechen, wo die Sclavin sich den Verzug selbst zuzuschreiben hat, weil sie ihre Freilassung nicht fordert.

Uebrigens spricht eine Constitution Kaiser Alexanders [46]) gegen Marcian solchen Kindern die Ingenuität ab.

5. Endlich begegnen wir hier auch unserer Mahnung. Und während das Bild, welches uns das Römische Recht über das Schicksal der Sclavenkinder bisher darbot, ein wirres Durcheinander verschiedener Ansichten war, befinden wir uns hier wieder auf festem Grund und Boden. Eine Nichtbeachtung der Mahnung hatte für die nach der Mahnung gebornen Kinder Ingenuität zur Folge. Dieser Satz war unbestritten: omnes veteres juris auctores consentiunt [47]). Zuerst begegnen wir ihm in einem Rescripte der Kaiser Marcus und Verus (161—169) [48]). Bestätigt wurde derselbe von den Kaisern Antoninus Caracalla (211—217) [49]), Alexander (222—235) [50]) und Justinian [51]). Und von den juristischen Schriftstellern bezeugen ihn Paulus [52]), Ulpian [53]) und Marcian [54]).

6. Die Quellenstellen, welche wir bisher betrachteten, setzen entweder ausdrücklich oder stillschweigend eine Sclavin voraus, die entweder zur Erbschaft oder mindestens dem Belasteten gehörte. Vom Freiheitsfideicommiß einer fremden Sclavin handelt folgende Stelle Scävola's [55]):

> Lucia Titia heredum fidei commisit, uti Pamphilam ancillam Sejae cum filiis ejus redimerent et manumitterent, et juridicus, quanti singuli essent redimendi, aestimavit: medio tempore Pamphila, antequam pecunia solveretur, peperit: quaero, id quod natum est ex Pamphila utrum ad heredes Sejae an

[46]) c. 4 de fid. lib. 7, 4.
[47]) c. ult. C. ad S. C. Orph. 6, 57.
[48]) fr. 1 § 1 de suis et leg. 38, 16.
[49]) fr. 1 § 1 de suis et leg. 38, 16.
[50]) c. 3, c. 4 C. de fid. lib. 7, 4.
[51]) c. ult. C. ad S. C. Orph. 6, 57.
[52]) Paul. R. S. II, 24, 4.
[53]) fr. 1 § 1 de suis et leg. 38, 16; fr. 26 § 1 de fid. lib. 40, 5.
[54]) fr. 53 pr. de fid. lib. 40, 5.
[55]) fr. 41 § 5 de fid. lib. 40, 5.

ad heredem Titiae pertineat. respondit id, quod natum est ex Pamphila, ejus quidem esse, cujus ea fuerat tunc cum pareret; verum heredem, si moram fideicommissae libertati fecit, compellendum partum quoque ad libertatem perducere.

Hier besteht demnach die Wirkung der Mahnung darin: daß der Belastete verpflichtet war, auch dem nach der Mahnung gebornen Kinde durch Freilassung die Freiheit zu verschaffen.

IV. Unter Sclaven konnte keine Ehe, sondern nur ein contubernium Statt finden [56]). Wenn nun einem Sclaven oder einer Sclavin, die bisher im Contubernium mit einander gelebt hatten, die Freiheit fideicomissarisch vermacht war: wie dann? Dann verwandelte sich im Augenblicke der Freilassung ihr Contubernium in eine wirkliche Ehe in Gemäßheit des Grundsatzes: nuptias consensus facit [57]). Die Kinder, die jetzt geboren wurden, fielen also unter die Gewalt des Vaters, und erbten bei dessen Ableben als sui.

Nun setze man einmal: ein solcher Sclave, der mit einer Sclavin im Contubernium lebte, und dem sammt dieser Sclavin die Freiheit fideicommissarisch vermacht war, hätte vergeblich gemahnt, und nach der Mahnung, aber vor der Freilassung seien Kinder geboren. War es ausreichend, daß man solche Kinder nur für Freigeborne erklärte? War es nicht billig, daß diese Kinder auch unter die Gewalt des Vaters fielen, und ihn als sui beerbten: wie dies ja der Fall gewesen wäre, wenn der Belastete die Mahnung beachtet hätte? Auf diese Frage bezieht sich folgende Stelle Ulpian's [58]):

Quaeri poterit, si ex ea, quae in fideicommissa libertate moram passa est, conceptus et natus sit, an suus patri existat. et cum placeat eum ingenuum nasci, ut est a divis Marco et Vero et imperatore nostro Antonino Augusto rescriptum, cur non in totum pro manumissa haec habeatur, ut uxor ducta suum pariat? nec mirum sit, ex serva ingenuum nasci, cum et ex captiva rescriptum sit ingenuum nasci. quare ausim dicere, et si pater hujus pueri

---

[56]) Paulus R. S. II, 19, 6.

[57]) fr. 15 C. et D. 35, 1; fr. 30 R. J. 50, 17.

[58]) fr. 1 § 1 de suis et leg. 38, 16.

ejusdem sortis fuerit, cujus mater moram passa in libertate fideicommissa, ipseque moram passus est, suum eum patri nasci exemplo captivorum parentium, cum quibus rediit [59]). ergo sive postea pater ejus post moram manumittatur, recipiet eum in potestate, sive ante decesserit, definiendum erit suum existere.

Hiernach soll also ein solches nach der Mahnung gebornes Sclavenkind in die Gewalt seines Vaters kommen, und denselben als suus beerben.

Die ganze Ausdrucksweise Ulpian's verräth, daß wir es hier mit einem Rechtssatze zu thun haben, den Ulpian erst gebildet hat. Die Entstehung dieses Rechtssatzes können wir demnach unter Caracalla setzen (211—217). Dazu paßt die Bezugnahme auf ein Rescript, betreffend Kinder von Kriegsgefangenen, wobei an eine uns als c. 1 C. de postliminio reversis 8, 51 überlieferte Constitution der Kaiser Severus und Antoninus (198—211) zu denken sein wird.

V. Wenn auch in der Beziehung Einstimmigkeit herrschte: daß das Kind einer mit dem Freiheitsfideicommisse bedachten Sclavin, welches nach der Mahnung geboren wurde, als frei geboren galt — so gingen doch die Ansichten der Römischen Rechtsgelehrten darüber auseinander: ob ein solches Kind nach den Grundsätzen des S. C. Orphitianum seine Mutter beerbe. Justinian, der uns über diese Streitfrage unterichtet, entscheidet sich dahin [60]): daß nicht bloß das S. C. Orphitianum Anwendung leiden, sondern auch die Mutter ein solches Kind in Gemäßheit des S. C. Tertullianum beerben solle. Für die Anwendbarkeit des Orphitianum hatte sich übrigens, wenn auch nicht ohne Bedenken, schon Ulpian erklärt [61]).

Damit wären die dem Freiheitsfideicommiß eigenthümlichen Wirkungen der Mahnung erschöpft. Sämmtliche Wirkungen sind verhältnismäßig jungen Datums.

Die älteste ist die der Ingenuität von Sclavenkindern, welche bereits auf ein Rescript der Kaiser Marcus und Verus (161—169) zurückgeführt wird.

---

[59]) Hinter rediit ist, wie Th. Mommsen mit Recht vermuthet: filius apud hostes natus ausgefallen.

[60]) c. ult. C. ad S. C. Orph. 6, 57.

[61]) fr. 1 § 3 ad S. C. Orph. 38, 17.

Bei Scävola begegnen wir in Bezug auf die einer fremden Sclavin fideicommissarisch zugewandte Freiheit dem Satze: daß der Belastete verpflichtet sei, auch dem nach der Mahnung gebornen Kinde durch Freilassung die Freiheit zu verschaffen. Es wäre möglich, daß der fragliche Rechtssatz erst von Scävola herrührte. Jedenfalls ist aber anzunehmen: daß die Mahnung beim Fideicommiß einer nichtfremden Sclavin früher Wirkungen geäußert habe, als beim Fideicommiß einer fremden Sclavin.

Die nach der Mahnung gebornen Sclavenkinder sollten in die Gewalt des Vaters fallen, und denselben als sui beerben. Dieser Satz stammt von Ulpian her.

Die Anwendbarkeit des S. C. Orphitianum auf die nach der Mahnung gebornen Sclavenkinder hat erst Justinian endgültig festgestellt; und ebenso der Mutter einem solchen Kinde gegenüber in Gemäßheit des S. C. Tertullianum Erbrecht verliehen.

Endlich hat Justinian den nach dem S. C. Rubrianum eintretenden Verlust der Patronatsrechte bereits mit der einfachen Mahnung verknüpft.

Versuchen wir schließlich, uns den leitenden Gedanken bei diesen Wirkungen der Mahnung klar zu machen, so werden wir sagen müssen: der Verlust der Patronatsrechte ist eine einfache Benachtheiligung des Schuldners; im übrigen aber soll im allgemeinen der Zustand eintreten, welcher vorhanden gewesen wäre, wenn die Mahnung beachtet worden. Hätte der gemahnte Belastete sofort freigelassen; so würde die Sclavin freie Kinder zur Welt gebracht haben; so würden diese Kinder in die Gewalt des Vaters gefallen sein und ihn als sui beerbt haben; so würden zwischen diesen Kindern und der Mutter die Grundsätze des S. C. Orphitianum und Tertullianum zur Anwendung gekommen sein. Dies alles soll jetzt auch eintreten, obwohl die Freilassung später erfolgte. Man kann in dieser Beziehung auch sagen: die fideicommissarisch mit der Freiheit bedachten Sclaven haben von der Mahnung an einen Interesseanspruch — nur daß es sich hier nicht um Ausgleichung reiner Vermögensunterschiede, sondern Unterschiede anderer Art handelt.

Eine Anomalie bietet die einer fremden Sclavin fideicommissarisch zugewandte Freiheit dar, weil hier der Belastete nur gehalten ist, den nach der Mahnung gebornen Kindern die Freiheit durch Freilassung zu verschaffen; also die Patronatsrechte behält.

§ 85.

Vermächtnis zu frommen Zwecken.

Wenn der mit einem Vermächtnisse zu frommen Zwecken Belastete die Mahnung des eventuell zur Klage berechtigten Vertreters der Kirche u. s. w. unbeachtet läßt, so kann gegen ihn auf das Doppelte geklagt werden.

An Stellen für diesen Rechtssatz kommen zunächst in Betracht:

§ 19 I. de action. 4, 6.

item mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerint usque adeo, ut etiam in judicium vocarentur: tunc etenim et ipsam rem vel pecuniam quae relicta est dare compelluntur et aliud tantum pro poena, et ideo in duplum ejus fit condemnatio.

§ 23 eodem.

In duplum agimus — — item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est secundum ea quae supra diximus.

§ 26 eodem.

sed illa, quae de his competit, quae relicta venerabilibus locis sunt, non solum infitiatione duplicatur, sed et si distulerit relicti solutionem, usque quo jussu magistratuum nostrorum conveniatur, in confitentem vero et antequam jussu magistratuum conveniatur solventem simpli redditur.

Mommsen[1]) bemerkt in Bezug auf diese Stellen:

„Ausdrücklich wird hier freilich die Mora nicht erwähnt; doch liegen hinreichende Gründe für die Annahme vor, daß die Litiscontestation nur dann die angegebene Wirkung hat, wenn dem Onerirten zugleich eine Mora zur Last fällt."

Allein mit Wirkungen der Litiscontestation haben wir es jedenfalls nicht zu thun. Die Verurtheilung in's Doppelte soll eintreten, wenn die Verpflichteten so lange mit der Zahlung gezögert haben: „ut etiam in judicium vocarentur" „usque quo jussu magistratuum nostrorum conveniatur" — also sobald die Verpflichteten es zur richterlichen Vorladung haben kommen lassen. So lange ist noch Nachholung möglich[2]).

---

[1]) a. a. O., S. 257, Anm. 2.

[2]) Vgl. oben S. 141, Anm. 31.

Was ferner die Vermuthung Mommsen's anbetrifft: es müsse dem Onerirten zugleich eine Mora zur Last fallen — so hat dieser Schriftsteller hiermit wohl ausdrücken wollen: es müsse der richterlichen Vorladung eine einfache Mahnung voraufgegangen sein. Wenigstens, wenn dies die Ansicht Mommsen's, so wäre dies mehr als Vermuthung, wäre Gewißheit, wie sich aus folgender Codexstelle ergibt, die zwar restituirt ist, die aber gleichwohl unbedenklich zur Erläuterung der oben ausgeschriebenen Institutionenstellen benutzt werden kann.

c. 46 § 7 de episcopis 1, 3.

ὅπως δ᾽ ἂν ἔτι μείζονι φόβῳ κατασχεθέντες οἱ κληρονόμοι τῶν τελευτώντων, ἢ οἱ ταῖς τοιαύταις ὅλως ἄγεσθαι πράξεσι βεβαρυμένοι, μὴ τὴν τούτων ποίησιν διαναβάλλοιντο, καὶ τοῦτο θεσπίζομεν, ὥστε ἐνοχληθέντες παρὰ τῶν θεοφιλεστάτων ἐπισκόπων οἱ τούτοις τετιμημένοι εἶτα διαναβάλλοιντο, ὡς καὶ τῆς τῶν ἀρχόντων εἰς πράξεως δεηθῆναι, τηνικαῦτα μὴ μόνον αὐτοὺς ἁπλοῦν τὸ καταλελειμμένον εἰς πράττεσθαι, ἀλλὰ πάντως διπλάσιον. Εἰ γὰρ ἐν τοῖς παλαιοῖς ἦν τινα θέματα, ἐφ᾽ ὧν ἐξ ἀρνήσεως διπλάσια τὰ τῆς καταδίκης ἐπείγετο, πῶς οὐ κἀνταῦθα τοὺς μηδ᾽ ἑκόντας ποιήσαντας, ἀλλὰ καὶ χρόνον ἀναμείναντας, καὶ ὕστερον ὀχληθέντας παρὰ τῶν θεοφιλεστάτων ἐπισκόπων, εἶτα μηδὲ τούτοις εὐθὺς εἴξαντας, δεηθέντας δὲ καὶ ἀρχικῆς ὀχλήσεως, τῇ τοῦ διπλασίονος ἀπαιτήσει προσήκει σωφρονίζεσθαι;

Ut autem adhuc majore metu terreantur heredes morientium, vel harum rerum faciendarum onere gravati ne ea facere differant, et hoc sancimus: ut, si a Dei amantissimis episcopis conventi his rebus honorati in mora perseveraverint, ita ut praesidum exactione opus fuerit, confestim non solum simplum, quod relictum est, sed omnino duplum exigatur. Si enim apud veteres erant quaedam causae, in quibus ex inficiatione dupla condemnationis inducebantur, quomodo non etiam hic eos, qui non solum non sponte fecerint, sed tempus praeterea protraxerint, et postremo compulsi a Dei amantissimis episcopis, ac neque ipsis statim parentes, opus habuerint etiam praesidali exactione, dupli exactione convenit castigari?

Nach dieser Stelle war also Voraussetzung des in Frage stehenden Nachtheils: daß die mit Vermächtnissen zu frommen Zwecken Belasteten zunächst von dem Bischof gemahnt werden mußten, und diese Mahnung unbeachtet gelassen hatten, ‚ὥστε ἐνοχληθέντες παρὰ τῶν θεοφιλεστάτων ἐπισκόπων οἱ τούτοις τετιμημένοι εἶτα διαναβάλλοιντο‘ ‚καὶ ὕστερον ὀχληθέντας παρὰ τῶν θεοφιλεστάτων ἐπισκόπων, εἶτα μηδὲ τούτοις εὐθὺς εἴξαντας‘; sodann daß es zur richterlichen Vorladung gekommen war ‚ὡς καὶ τῆς τῶν ἀρχόντων εἰςπράξεως δεηθῆναι‘, ‚δεηθέντας δὲ καὶ ἀρχικῆς ὀχλήσεως‘.

Der Bischof erscheint hier als Vertreter der Kirche u. s. w. [3]) und ist gleichzeitig derjenige, welchem es zunächst obliegt, die Klage zu erheben [4]). Deshalb sagte ich im Eingange dieses Paragraphen: der fragliche Nachtheil trete ein, sobald der Belastete die Mahnung des eventuell zur Klage berechtigten Vertreters der Kirche u. s. w. unbeachtet lasse.

Bei Anwendung der betreffenden Bestimmung im heutigen Recht kommt es also zunächst darauf an, in jedem einzelnen Falle den eventuell zur Klage berechtigten Vertreter der Kirche u. s. w. aufzusuchen. Dies ist z. B. nach Mecklenburgischem Recht bei Kirchen und Pfarren ebenfalls der Bischof. Der Großherzog in seiner Eigenschaft als Oberbischof der Landeskirche bestellt durch die von ihm eingesetzten Verwaltungsbehörden Procuratoren zur gerichtlichen Vertretung einzelner Kirchen und Pfarren [5]). Von einem solchen Kirchenprocurator müßte demnach in Mecklenburg die betreffende Mahnung ausgehen, nicht etwa von dem Patron der Kirche [6]). Also wenn in einem Falle, wo es sich um Beitreibung eines Vermächtnisses handelt, ein Kirchenprocurator bestellt ist, so muß derselbe, falls er sich den in Frage stehenden Vortheil sichern will, zunächst eine einfache Mahnung an den Belasteten ergehen lassen. Erst wenn der Belastete diese Mahnung unbeachtet läßt, kann auf das Doppelte geklagt werden. Sonst nur unter der Voraussetzung, daß der Beklagte die Schuld leugnen würde. Man beachte in dieser Beziehung in § 26 de act. 4, 6 die Worte: non solum infitiatione duplicatur sed etiam etc. Frühere Mahnungen

---

[3]) Vgl. c. 46 pr. § 1, § 3, § 5 de ep. 1, 3.

[4]) c. 46 § 6 eodem.

[5]) Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. III, S. 356.

[6]) Buchka und Budde, Bd. I, S. 213.

von andern Personen z. B. dem Patron, dem Prediger u. s. w. sind gleichgültig. Der Anspruch auf das Doppelte ist aber erst dann erworben, wenn es zur richterlichen Vorladung des Belasteten gekommen ist, was heutzutage regelmäßig der Zeitpunkt der Klagmittheilung sein wird. Auch verlangt das heutige Proceßrecht in Gemäßheit des Grundsatzes „ne eat judex ultra petita partium“, daß um die Verurtheilung in's Doppelte besonders gebeten wird.

Mommsen a. a. O. glaubt: daß der hier besprochene Rechtssatz für das heutige Recht keine Bedeutung mehr habe. Es ist auch sehr zweifelhaft: ob die Bestimmungen des Römischen Rechtes über die Steigerung des Anspruches auf das Zweifache u. s. w. heutzutage noch in jeder Beziehung Anspruch auf Anwendung machen dürfen. Allein „am wenigsten möchte gegen die Anwendbarkeit der Verdoppelung bei Vermächtnissen zu Gunsten von Kirchen und frommen Stiftungen einzuwenden sein; hier wird die practische Geltung der Verdoppelung selbst von solchen Schriftstellern zugegeben, welche im Uebrigen die Römischen Strafklagen auf das Mehrfache ausschließen“ [7]).

§ 86.

Umwandlung einer Nichtgeldleistung in eine Geldleistung.

Daß eine auf einen andern Gegenstand gerichtete Obligation in Folge nichtbeachteter Mahnung in eine Geldleistung verwandelt werde — diese Wirkung der Mahnung treffen wir bei folgenden Obligationen an:

1) der Verpflichtung des Freigelassenen dem Patron gegenüber zu Diensten;

2) der Verpflichtung, einen Sclaven zu Diensten herzugeben;

3) der Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauches, und

4) der Obligation auf certa res im engern Sinne.

Mit diesen Obligationen wollen wir uns in der fraglichen Beziehung hier der Reihe nach beschäftigen.

I. Die Verpflichtung der Freigelassenen zu Dienstleistungen dem Patron gegenüber entstand entweder durch Stipulation [1]) oder Eid [2]).

---

[7]) Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 263, Anm. 15.

[1]) fr. 3 pr.; fr. 5; fr. 37 pr. de op. lib. 38, 1; fr. 44 pr. de lib. causa 40, 12.

[2]) Gaj. epit II, 9, 4; fr. 7 pr. § 2, 3, de op. lib. 38, 1; fr. 44 pr. de lib. causa 40, 12.

Meistens war es eine Verpflichtung ganz allgemeiner Natur: sie bezog sich auf operas qualescunque, quae modo probe jure licito imponuntur[3]; hat also große Aehnlichkeit mit der Verpflichtung, wie sie ein heutiger Dienstbote übernimmt, der sich als solcher vermiethet.

Die Verpflichtung zu den einzelnen Dienstleistungen, zu denen ein Freigelassener in Folge einer solchen allgemeinen Verpflichtung angehalten werden konnte, entstand dann wieder nach Römischer Anschauung, wie wir bereits früher gesehen haben[4], durch Ansage, indictio[5]. Die Nichtbeachtung einer solchen Ansage war gleichzeitig mora im technischen Sinne, wie sich aus fr. 44, de op. lib. 38, 1[6], ergibt; und mit der Wirkung, die diese Nichtbeachtung nach sich zog, haben wir uns hier zu beschäftigen.

Wir, von unserm heutigen Standpunkte aus, wären vielleicht geneigt, diese Wirkung dahin festzustellen: daß ein so gemahnter Freigelassene dem Patron das Interesse zu erstatten habe[7]. Dann würde es sich hier freilich gar nicht um eine besondere Wirkung der Mahnung handeln, vielmehr die fragliche Verpflichtung denen beizuzählen sein, wo die Mahnung einen Anspruch auf's Interesse erzeugt. So steht die Sache aber in der That nicht. Die Wirkung einer nichtbeachteten indictio wird vielmehr dahin angegeben[8]:

> si indictae operae praestitae non sint, ad pecuniae exactionem obsequii non praestiti aestimatio convertatur.

Also: zur Strafe für den Ungehorsam wurde die fragliche Leistung in eine Geldleistung umgewandelt, ein weiter gehendes Interesse aber nicht berücksichtigt. Handelte es sich z. B. um eine Dienstleistung, für die ein Tagelohn von zehn üblich war; so mußte der Freigelassene, welcher sich nicht rechtzeitig eingestellt hatte, zwar diese zehn berichtigen, aber keinen weitergehenden Schaden erstatten. Man

---

[3] fr. 7, § 3, de op. lib. 38, 1.

[4] Bd. I., S. 436, 437.

[5] fr. 13, § 2; fr. 24, de op. lib. 38, 1; fr. 73, pr. V. O. 45, 1.

[6] Bd. I, S. 437. Vgl. ferner fr. 15 pr.; fr. 23, § 1, de op. lib. 38, 1, und dazu Bd. I, S. 382.

[7] Dieser Auffassung begegnet man z. B. bei Ubbelohde, untheilbare Obligationen, S. 72 fgg.

[8] c. 6, pr. de op. lib. 6, 3.

setze: der Patron sei mit seiner Familie verreist gewesen, und der Freigelassene hätte während dessen das Haus hüten sollen, „peregre cum suis proficiscens operas custodiae domus ei indixerit“ [9]). Wäre nun in einem solchen Falle der Freigelassene seiner Verpflichtung nicht nachgekommen und der Patron in Folge dessen bestohlen worden; so ging das judicium operarum nicht auf Ersatz dieses Schadens.

Und dafür, daß der Anspruch auf's Interesse ausgeschlossen sei, legt ferner folgende Stelle Zeugnis ab:

fr. 39 de op. lib. 38, 1. — Paulus.

> Si ita stipulatio a patrono facta sit: „si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes?“ videndum est, an nec viginti actio danda sit', quasi onerandae libertatis gratia promissi sint, nec operarum, quae promissae non sint? an vero operae dumtaxat promissae fingi debeant, ne patronus omnimodo excludatur? et hoc praetor quoque sentit operas dumtaxat promissas. Sequens illa quaestio est, an libertus impetrare debeat, ne majoris summae quam viginti condemnetur, quia videtur quodammodo patronus tanti operas aestimasse ideoque non deberet egredi taxationem viginti. sed iniquum est nec oportet liberto hoc indulgere, quia non debet ex parte obligationem comprobare, ex parte tamquam de iniqua queri.

Hiernach war es also gar nicht einmal gestattet, sich eine Conventionalstrafe für den Fall auszubedingen, daß die Dienstleistung nicht rechtzeitig erfolgte. Paulus ist sogar zweifelhaft: ob einer derartigen Stipulation überall Bedeutung beizulegen sei. Er entscheidet sich indes dahin: daß diese Stipulation so aufzufassen sei, als ob einfach die Dienste versprochen seien. „Operae dumtaxat promissae fingi debeant“, d. h.: „es muß angenommen werden, als ob lediglich die Dienstleistungen versprochen seien.“ Etwas anderes habe auch der Prätor gar nicht im Sinne gehabt: „et hoc praetor quoque sentit operas dumtaxat promissas.“ Dabei hat Paulus das Edict des Prätors Rutilius vor Augen, welcher etwa 100 vor Chr. Geb. [10])

---

[9]) fr. 49, de op. lib. 38, 1.

[10]) Vgl. Zimmern, Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 795.

folgenden Satz in's Edict gebracht hatte: „se amplius non daturum patrono quam operarum — — actionem“ [11]). Ein Rechtssatz, welcher die Vertragsfreiheit zwischen Patron und Freigelassenem einzuschränken bezweckte, weil die Patrone ihre Stellung häufig zur Benachtheiligung der Freiheit misbraucht hatten.

Vgl. fr. 1, pr. de bon. lib. 38, 2. — Ulpianus.

> Hoc edictum a praetore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. namque ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur.

ferner fr. 2, de op. lib. 38, 1. Ulpianus.

> Hoc edictum praetor proponit coartandae persecutionis libertatis causa impositorum: animadvertit enim rem istam (libertatis causa impositorum praestationem) [12]) ultra excrevisse, ut premeret atque oneraret libertinas personas. Initio igitur praetor pollicetur se judicium operarum daturum in libertos et libertas.

Also nichtig oder gänzlich entkräftbar soll die von Paulus in unserm fr. 39 in's Auge gefaßte Stipulation zwar nicht sein, aber so behandelt werden, als ob einfach Dienstleistungen versprochen seien, denn in dieser Beziehung lasse der Prätor ja eine Klage zu. Gegenstand solcher Klage ist aber lediglich der Werth der Dienstleistungen als solcher. Mit diesem Satze wird es so strenge genommen, daß sich sogar auf eine vereinbarte Werthschätzung weder der Gläubiger noch der Schuldner berufen kann.

Die dritte hier in Betracht kommende Stelle rührt bereits von Alfenus Varus her.

fr. 26, de op. lib. 38, 1.

Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medici-	Ein freigelassener Arzt glaubte, daß er weit mehr Patienten be-

---

[11]) fr. 1, § 1, de bon. lib. 38, 2.

[12]) Die eingeklammerten Worte sind Glossem. Vgl. Schmidt, Pflichttheilsrecht, S. 9.

nam[13]) non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum, postulabat, ut sequerentur se neque opus facerent: id jus est necne? respondit jus esse, dummodo liberas[14]) operas ab eis exigeret, hoc est ut adquiescere eos meridiano tempore et valetudinis et honestatis suae rationem habere sineret. Item rogavi, si has operas liberti dare nollent, quanti oporteret aestimari. respondit, quantum ex illorum operis fructus, non quantum ex incommodo dando illis, si prohiberet eos medicinam facere, commodi patronus consecuturus esset.

halten würde, wenn seine Freigelassenen keine ärztliche Praxis trieben; und verlangte daher, daß sie ihn begleiten und nicht practisiren sollten: geht das? Ja, es geht, unter der Voraussetzung, daß er erlaubte Dienstleistungen von ihnen forderte, d. h.: daß er ihnen Mittags Ruhe gönnte und ihnen Rücksichtnahme auf ihre Gesundheit, wie darauf, was sich für sie schickte, gestattete. Ferner habe ich gefragt: wenn die Freigelassenen sich weigerten, diese Dienste zu leisten, wie hoch sie geschätzt werden müßten? Er antwortete: wie viel der Patron für solche Dienstleistungen an Lohn gezahlt, nicht wie viel Vortheil er aus dem Nachtheil gehabt hätte, den er ihnen zufügte, wenn er sie am Practisiren verhinderte.

Unter fructus hat man den Lohn zu verstehen, der für derlei Dienstleistungen gezahlt werden mußte. So heißt es z. B. in Bezug auf Dienste der Sclaven[15]):

Fructus hominis in operis constitit[16]) et retro in fructu hominis operae sunt

womit zu verbinden[17]):

---

[13]) Den Anfang will Th. Mommsen so lesen: Medicus liberti quod putaret si medicinam. Ich halte eine derartige Textänderung für unnöthig; denn „daß der libertinus civis zu irgend einer Zeit nicht ebenfalls die Patronatrechte gegen seinen libertus gehabt habe, ist wenigstens nicht erweislich." Vgl. Zimmern, Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 800.

[14]) Statt liberas ist wohl licitas zu lesen. Vgl. fr. 7, § 3; fr. 16; fr. 17; fr. 18; fr. 19; fr. 22, § 2, de op. lib. 38, 1.

[15]) fr. 4 de op. servorum 7, 7.

[16]) Haloander liest consistit.

[17]) fr. 3 de op. serv. 7, 7.

In hominis usufructu operae sunt, et ob operas mercedes.

Die Schätzung richtete sich im vorliegenden Falle also darnach, was für einen solchen Assistenzarzt täglich gezahlt werden mußte, der nicht nöthig hatte, diese Dienste unentgeltlich zu leisten. Der Maßstab ist hier ähnlich wie bei der condictio indebiti[18]) der des quanti operas essem conducturus.

Dagegen soll der Patron keinen Anspruch haben auf den Vortheil, den er aus dem Nachtheil hatte, welchen er den Freigelassenen dadurch zufügte, daß er sie am Practisiren verhinderte.

Also man setze: ein solcher Freigelassener, statt sich beim Patron einzufinden und die Dienste eines Assistenzarztes zu leisten, zieht es vor, auf eigne Hand Praxis zu treiben. Er verdient in Folge dessen von verschiedenen Kunden des Patrons 15. Dies ist also ein commodum, welches der Patron consecuturus esset, si prohiberet eum medicinam facere. Und ebenso entsprechen diese 15 dem incommodum, welches der Freigelassene hatte, si prohiberet eum patronus medicinam facere. Auf diese 15 soll der Patron keinen Anspruch haben, sondern nur auf den Lohn, der einem solchen Assistenzarzte täglich gezahlt werden mußte. Und wenn dieser z. B. 5 betrug, konnte der Patron zwar wohl diese 5, nicht aber 15 fordern.

D. h. m. a. W.: ein solcher Patron hatte nur Anspruch auf den Werth der fraglichen Leistung, nicht aber auf's Interesse, das in diesem Falle aus entgangenem Gewinn bestand.

Wozu aber dann diese Weitschweifigkeit? Weshalb sagte Alfenus Varus statt „non quantum ex incommodo dando illis, si prohiberet eos medicinam facere, commodi patronus consecuturus esset“ nicht einfach: non quantum patroni interesset? Es muß doch wohl der Sprachgebrauch von quod, oder quantum, oder quanti interest für das, was wir Interesse nennen, zur Zeit des Alfenus Varus, soweit es sich um entgangenen Gewinn handelt, noch nicht festgestanden haben; denn sonst würde er sich dieses kürzern Ausdrucks wohl bedient haben.

Wenn dies nun aber für die Zeit des Alfenus Varus richtig, scheint es auch umgekehrt nicht unmöglich zu sein: daß noch Labeo die fraglichen Ausdrücke nicht ausschließlich zur Bezeichnung des engen Interesse-

---

[18]) fr. 26, § 12, de cond. indeb. 12, 6.

begriffes gebrauchte, sondern dabei mitunter an den weitern Begriff Vermögensunterschied dachte. Und so erhalten wir hier eine neue Stütze für unsere Behauptung, daß quod intersit in fr. 60 pr. pro socio mehr allgemein von Vermögensunterschied zu verstehen sei [19]).

Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt: daß ein weiter gehendes Interesse des Patrons, als der Werth der Sachleistung, bei dieser operarum obligatio keine Berücksichtigung fand. Andererseits war aber auch möglich, daß dem Patron mehr zugesprochen wurde, als ihm vom Interesse-Standpunkt zugekommen wäre. Denn das Mindeste, in das ein Freigelassener verurtheilt wurde, sofern es sich um Leistungen handelte, die tageweise beschafft werden mußten, war der Werth einer eintägigen Leistung. Die Bruchrechnung wurde in dieser Beziehung nicht angewandt. War z. B. ein Freigelassener Mittags wieder zu Hause gegangen, so wurde ihm die halbe Tagesarbeit gar nicht angerechnet, er mußte vielmehr für den ganzen Tag bezahlen.

Vgl. fr. 3, § 1, de op. lib. 38, 1.

> Nec pars operae per horas solvi potest, quia id est officii diurni. itaque nec ei liberto, qui sex horis dumtaxat antemeridianis praesto fuisset, liberatio ejus diei contingit.

Dies ist der Sinn der Rechtsregel: operae sunt diurnum officium [20]), d. h.: Dienstleistungen sind eine Verpflichtung von Tageslänge.

In d. fr. 3, § 1, will Th. Mommsen continua est hinter quia einschalten. Das ist meines Erachtens überflüssig. Quia id est officii diurni heißt: denn das ist die Bedeutung des officium diurnum.

Und weil eine solche Tagleistung nicht stundenweise getheilt werden konnte, ergaben sich Schwierigkeiten: wie eine Mahnung einzurichten sei, wenn in Bezug auf eine Tagleistung mehrere Berechtigte vorhanden waren. Eine Mahnung in Bezug auf einen Theil der Tagleistung war unzulässig: „nec peti pro parte poterit opera" [21]). Hier mußten also die mehreren Berechtigten versuchen: ob der Schuldner

---

[19]) Vgl. oben § 78, S. 192 fgg.

[20]) fr. 1, de op. lib. 38, 1.

[21]) fr. 15, § 1, de op. lib. 38, 1.

wohl geneigt sei, sich durch Geld mit ihnen abzufinden, si aestimationem operae nolit libertus offerre [22]); oder sie mußten sich dahin einigen, daß ihnen die fraglichen Dienste gemeinschaftlich geleistet wurden, „aut si consentiant patroni, ut communiter operae edantur [23]). Mitunter war auch eine Einigung da nöthig, wo es sich nicht bloß um eine, sondern um mehrere Tagleistungen handelte [24]). Wurde in diesem Falle eine derartige Einigung nicht erreicht, versuchten vielmehr die mehreren mitberechtigten Patrone einzeln zu mahnen, so war eine solche Mahnung ebenfalls unwirksam [25]).

Ueberblicken wir diese Ergebnisse, bedenken wir, daß der Patron einentheils ein weitergehendes Interesse, als den Werth der Dienstleistungen, nicht geltend machen konnte; und daß der Schuldner andererseits bei Tagleistungen in den Werth einer ganzen Leistung verurtheilt wurde, wenn er auch theilweise geleistet hatte, eine Bruchrechnung also in dieser Beziehung nicht Statt fand — so drängt sich uns die Ueberzeugung auf: daß die opera, mit der wir es hier zu thun haben, gar kein incertum, sondern ein certum war.

Dies will freilich nicht recht passen zu der Art und Weise, wie Ulpian in fr. 75, V. O. 45, 1, den Begriff des certum bestimmt. Allein dabei ist zu bedenken: daß certum und incertum Begriffe sind, die ihre Geschichte haben. Man hat mit diesen Begriffen zu verschiedenen Zeiten Verschiedenes bezeichnet. Und zwar scheint die Entwicklung die gewesen zu sein: daß sich das incertum allmählich auf Kosten des certum ausdehnte [26]). Da nun die operarum obligatio keinenfalls eine ganz junge Obligation — der Prätor Rutilius setzt sie ja schon als bekannt voraus [27]) —; da ferner diese Obligation bereits ein Bestandtheil des alten Civilrechts war — wie wir daraus ersehen, daß der Prätor derselben mittelst einer exceptio, der exceptio

---

[22]) fr. 54, § 1, V. O. 45, 1. Vgl. zu dieser Stelle Ribbentrop, Correalobl., S. 236; Ubbelohde, untheilbare Obl. S. 73.

[23]) fr. 54, § 1, V. O. 45, 1.

[24]) fr. 23, § 1, de op. lib. 38, 1. Vgl. dazu Ubbelohde a. a. O., S. 35.

[25]) fr. 23, § 1, de op. lib. 38, 1.

[26]) Vgl. unten § 93.

[27]) Denn gegen die Annahme, daß der Prätor diese Obligation erst neu eingeführt habe, vgl Schmidt, das Pflichttheilsrecht, S. 9.

onerandae libertatis causa, entgegentrat[28]) —: so ist sehr wohl denkbar: daß sich hier die opera als ein certum erhalten hätte, als man schon im allgemeinen dahin gelangt war, derartige Leistungen dem incertum beizuzählen.

Folgende Betrachtungen werden uns diesem Gedanken geneigter machen.

Ulpian sagt in dem gedachten fr. 75, V. O. 45, 1, im § 4:

> Illud dubitationem recipit, si quis id, quod ex Arethusa ancilla natum erit, aut fructus, qui in fundo Tusculano nati erunt, dari sibi stipulatus sit, an certum stipulatus videatur. sed ipsa natura manifestissimum est incerti esse hanc stipulationem.

Darnach wirft also Ulpian den Gedanken ziemlich weit weg: id quod Arethusa ancilla natum erit oder fructus qui in fundo Tusculano nati erunt für ein incertum zu halten. Gleichwohl sahen wir bereits oben[29]): daß Gajus[30]) nicht das mindeste Bedenken trägt, sich beides als Gegenstand eines certen Damnationslegates zu denken.

Ferner wird von Paulus in

fr. 1, de operis serv. 7, 7.

> Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur, „quod ex Arethusa natum erit".

eine opera mit quod ex Arethusa natum erit in Parallele gestellt. Und warum sollte, so gut das eine bei Gajus als Gegenstand eines certen Damnationslegates vorkommt, das andere nicht ein certum der operarum obligatio haben bilden können?

Und weil Gegenstand der operarum obligatio ein certum war, sind die Formeln unrichtig, welche Rudorff[31]) für dieselbe gebildet hat, und die so lauten:

> Quod A^s A^s de N^o N^o operas stipulatus est (Quod N^s N^s A^o A^o operas libertatis causa se daturum ju-

---

[28]) Vgl. z. B. fr. 1, § 1, § 2, § 3, § 4, § 6, § 7, § 8, § 9, § 10, § 11, § 12; fr. 2, Quarum rer. act. non datur 44, 5, und Schmidt, a. a. O., S. 10.

[29]) Vgl. § 83, S. 283—285.

[30]) Gaj. II, 203, 204.

[31]) Edict, § 144, S. 140.

ravit), quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere praestare oportet, ejus judex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Man hat sich vielmehr folgende Formel zu denken:

Si paret N^m N^m A^o A^o operam dare oportere, quanti ea res erit judex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Zu einer solchen Formel paßt auch sehr gut die von Pomponius dem Aristo nachgeschriebene Bemerkung[32]):

perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur.

Ribbentrop[33]) meint freilich:

„daß die intentio auf ein operas dare oportere gegangen, glaube ich um so weniger, als man immer nur wegen operae praeteritae, und also auf Geld klagte."

Allein wie sollte die Intentio denn dann wohl gelautet haben? Ribbentrop kann sich ja selber nicht verhehlen, daß die Stipulation, bezw. der Eid auf operas dare ging[34]). Und was ist demgemäß wohl natürlicher, als die Annahme: daß dem entsprechend die Intentio gleichfalls auf dare oportere gelautet habe?

Allerdings hatte es mit dieser operarum obligatio insofern eine besondere Bewandtnis, als eine Oblation nach der Mahnung nicht mehr zulässig war; und diese Eigenthümlichkeit wird Ribbentrop vorgeschwebt haben, wie aus den von ihm angeführten Stellen hervorgeht. Allein diese Erscheinung findet für die spätere Zeit ihre Erklärung in Umständen, die nichts mit der Formelfassung zu thun haben, worauf ich noch zurückkommen werde. Und für die frühere Zeit war diese Erscheinung gar keine Besonderheit, wie gleichfalls unten noch erörtert werden soll.

War aber Gegenstand der operarum obligatio ein certum, so befinden wir uns auf dem Gebiete der plus petitio. Und hierin ist meines Erachtens die Erklärung für den Satz zu suchen, der uns auf den ersten Augenblick so seltsam vorkommt: operae sunt diurnum officium. Denn wenn der Patron auch einzelne Stunden, Minuten u. s. w., die der Freigelassene gearbeitet hatte, in Abzug hätte bringen

---

32) fr. 4 de op. lib. 38, 1.

33) Correalobligationen, S. 236.

34) Vgl. fr. 8 pr.; fr. 10 pr.; fr. 22, § 1; fr. 24; fr. 30 pr.; fr. 39, pr. de op. lib. 38, 1.

müssen: hätte er sich hierbei nicht leicht versehen und zu wenig abziehen können? Ein solches Versehen hätte ihn aber um seinen ganzen Anspruch gebracht. Schien es da nicht billiger: daß man einen Freigelassenen, der, wenn auch nur theilweise ungehorsam, so doch immer ungehorsam gewesen war, gerade so wie einen gänzlich ungehorsamen behandelte, als daß man den Patron den Gefahren des Zuvielforderns aussetzte?

Und wenn ferner die Formel, mittelst der aus einer operarum obligatio geklagt werden mußte, so gelautet haben muß: si paret N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} operam dare oportere, quanti ea res erit judex N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} c. s. n. p. a. — so war diese Klage ja nichts anderes als eine condictio auf certa res.

Im heutigen Recht kann übrigens von einer Anwendung des fraglichen Rechtssatzes auf analoge Verhältnisse keinenfalls die Rede sein. Denn einentheils sind die Grundsätze des Römischen certum für uns nicht mehr maßgebend; ferner umfaßt der Interesse-Anspruch, den die Mahnung erzeugt, heutzutage ein weiteres Gebiet, als im Römischen Recht; und endlich beruht der Ausschluß der Oblation nach der Mahnung im spätern Römischen Recht auf besondern Gründen, die mit dem Institut der Freigelassenen in innigem Zusammenhang stehen.

Ein analoges Verhältnis des heutigen Rechts wäre z. B. folgendes. Ein Gutsherr schließt mit einem Tagelöhner einen Vertrag dahin ab, wonach letzterer verpflichtet ist, 200 Tage im Jahre, welche der Gutsherr zu bestimmen hat, einen Hofgänger zu stellen. Wenn nun in einem solchen Falle ein Tagelöhner einmal eine Mahnung nicht beachten sollte, so verwandelt sich seine Leistung noch nicht sofort in eine Geldleistung; vielmehr wird man jedenfalls dann eine nachträgliche Oblation zulassen müssen, wenn das Interesse des Gutsherrn hierunter nicht leidet, und Entgegenstehendes nicht vereinbart ist.

Die Wirkung der nichtbeachteten Mahnung bei der operarum obligatio bestand also darin: daß die fragliche Dienstleistung in eine Geldleistung umgewandelt wurde. Und diese Umwandlung trat selbst bei theilweisem Ungehorsam ein, sofern es sich um eine Tagleistung handelte, ohne daß auf eine theilweise Erfüllung Rücksicht genommen wurde. Bei mehreren Tagleistungen hatte theilweiser Ungehorsam nur ausnahmsweise diese Wirkung.

Jetzt ist noch die Frage zu erörtern: weshalb wir diese Umwandlung in eine Geldschuld bei der operarum obligatio überall als eine Wirkung der Mahnung hinstellten? Ist es doch sonst nach

Römischem Recht etwas ganz gewöhnliches, daß eine Nichtgeldleistung sich in eine Geldleistung verwandelte. Im regelmäßigen Verfahren fand sogar eine Verurtheilung in eine Nichtgeldleistung gar nicht Statt, es mußte vielmehr immer in Geld verurtheilt werden. Dann müßten wir ja wohl diese Wirkung der Mahnung allen Obligationen beilegen, bei denen der Römische Geschworne statt in die Leistung selber, in Geld zu verurtheilen hatte, und uns nicht etwa bloß einzelne aussuchen?

Allein mit dieser operarum obligatio hatte es insofern seine eigenthümliche Bewandtnis; als ein Freigelassener, der einmal eine Mahnung unbeachtet gelassen hatte, die fragliche Dienstleistung nachträglich nicht mehr wirksam anbieten durfte. Denn wenn es sich hier auch meistens um fungible Leistungen handeln mag; wenn ferner auch Fälle denkbar sind, wo es dem Patron ziemlich einerlei sein konnte, an welchem Tage die Leistung erfolgte; — das Verhältnis zwischen Patron und Freigelassenen schien doch ausnahmslos zu fordern: daß rücksichtlich der Zeit, wann diese Leistungen zu beschaffen, nicht der Freigelassene, sondern der Patron der Bestimmende war.

Dieser Gesichtspunkt wird im Römischen Recht sehr bestimmt hervorgehoben.

So wird z. B. in der zu Anfang dieses Paragraphen ausgeschriebenen c. 6 pr. de op. lib. 6, 3, die fragliche Umwandlung eine obsequii non praestiti aestimatio genannt.

Ferner bemerkt Julian in fr. 24 de op. lib.: scilicet quia ex commodo (Bequemlichkeit) patroni libertus operas edere debet.

Und noch bestimmter drückt sich Gajus aus[35]):

> Cum patronus operas stipulatus sit, tunc scilicet committitur stipulatio, cum poposcerit nec libertus praestiterit, nec interest, adjuta sint haec verba „cum poposcero“ an non sint adjecta: aliud enim est de operis, aliud de ceteris rebus. cum enim operarum editio nihil aliud sit quam officii praestatio, absurdum est credere alio die deberi officium, quam quo is vellet, cui praestandum est.

Von Gajus wird namentlich darauf aufmerksam gemacht, daß es

---

[35]) fr. 22, pr. de op. lib. 38, 1.

sich mit den operae anders verhalte, als mit ceterae res. Denn bei andern Obligationen mußte zu Gajus' Zeiten der Gläubiger eine nachträgliche Oblation noch beachten[36]). Hier wurde also selbst in den Fällen, wo nicht in die Leistung selber, sondern nur in Geld verurtheilt werden konnte, diese Umwandlung nicht schon mit der Mahnung verknüpft, sondern wohl gar erst mit der Condemnatio, soferne der Schuldner auch nach der Litiscontestation zur Oblation befugt war[37]). Näher auf diese Oblationsbefugnis des Schuldners einzugehen, werde ich indes noch im folgenden Paragraphen Gelegenheit und Veranlassung finden.

Daß Labeo diese Wirkung der Mahnung bei unserer operarum obligatio bereits bekannt war: ergibt folgende Stelle[38]):

> Si quando duobus patronis juraverit libertus operas se daturum, Labeoni placet et deberi et peti posse partem operae, cum semper praeterita opera, quae jam dari non possit, petatur.

Praeterita opera ist eine Dienstleistung, wegen der der Freigelassene wirksam gemahnt war, die er aber gleichwohl nicht geleistet hatte. Von einer solchen Dienstleistung sagte nun bereits Labeo ausdrücklich: daß sie nicht mehr nachgeholt werden könne, „jam dari non possit".

Petere in dieser Stelle bedeutet, wie sich aus dem Zusammenhange ergibt, klagen[39]). Daß vorher bereits wirksam gemahnt sei: wird voraus gesetzt. Die Stelle steht also nicht etwa in Widerspruch mit fr. 15, § 1, h. t. Denn dort bedeutet petere mahnen, dort soll auseinander gesetzt werden: daß eine Mahnung, um wirksam zu sein, sich nicht auf theilweise Erfüllung einer Tagleistung beziehen dürfe[40]).

Der Satz: daß eine nachträgliche Oblation nicht statthaft sei — ward, wie noch bemerkt werden mag, bei dieser operarum obligatio nicht bloß zum Nachtheil des Freigelassenen, sondern auch zu dessen Gunsten zur Anwendung gebracht. Wenn z. B. der Freigelassene an dem Tage, wo er leisten sollte, krank wurde; so ward ihm dieser Tag

---

36) fr. 17, de per. et comm. 18, 6; fr. 91, § 3, V. O. 45, 1.

37) fr. 33, § 1, Sol. 46, 3; fr. 37, Mand. 17, 1.

38) fr. 8, de op. lib. 38, 1.

39) Vgl. über diese Bedeutung von petere oben § 74, S. 138.

40) Vgl. Ribbentrop, Correalobligationen, S. 236, 237, Anm. 16.

als Dienstleistung angerechnet, er war nicht verpflichtet, die fragliche Leistung nachzuholen [41]).

Uebrigens ist diese Wirkung der Mahnung bei der operarum obligatio weit älter als Labeo, weil sie für die alte Zeit gar keine Besonderheit war, sondern lediglich als Ausfluß der Obligationsverlängerung betrachtet werden muß, wie man nämlich diesen Begriff in alter Zeit bei der condictio auf res certa auffaßte. Hierauf werde ich am Schlusse dieses Paragraphen noch zurückkommen.

II. Wie die Verpflichtung des Freigelassenen zu Diensten haben die Römer auch den Fall behandelt, wenn ein Freier, sei es nun in Folge einer Stipulation oder eines Damnationslegates, verpflichtet war, einen Sclaven zu derartigen Diensten herzugeben.

In dieser Beziehung kommen folgende zwei Stellen in Betracht.

fr. 2 de annuis leg. 33, 1. Pomponius libro sexto ad Sabinum.

> In annos singulos heres damnatus sinere me frui fundo si initio anni, quo colere deberem, moram fecerit, licet postea patiatur, quia cultura sim exclusus, tamen totius anni nomine mihi tenebitur: quemadmodum si diurnas operas Stichi dare damnatus non a mane sed a sexta diei hora det, totius diei nomine tenetur.

Hier wird die auf einem Damnationslegate beruhende Verpflichtung, Tagesdienste eines Sclaven zu leisten, gerade so beurtheilt, wie die Verpflichtung eines Freigelassenen zu Diensten. Wenn der Verpflichtete den Sclaven nicht schon morgens, sondern erst mittags schickt; so wird diese theilweise Erfüllung für gar nichts gerechnet, sondern der Schuldner bleibt für die ganze Tagesleistung verpflichtet. Und bei einer Verurtheilung würde nicht etwa das Interesse des Gläubigers, sondern der gemeine Werth einer solchen Dienstleistung grundleglich zu machen sein. Wir befinden uns also wieder auf dem Gebiete des certum, und haben uns die betreffende Klage als eine condictio auf certa res zu denken. Dies legen schon die Worte dare damnatus nahe. Auch ergibt dies einerseits die Ausdrucksweise „totius diei nomine tenetur“: es ist nicht etwa von einem quanti intersit die Rede. Und andererseits weist hierauf der Umstand hin: daß immer

---

41) fr. 15 pr.; fr. 23, § 1; fr. 34, de op. lib. 38, 1.

für den ganzen Tag gehaftet werden soll. Denn vom Interessestandpunkt aus betrachtet, hätte das Interesse des Gläubigers bei theilweiser Erfüllung möglicherweise auch geringer sein können.

Daß ferner in diesem Falle ebenfalls keine Nachholung der Dienstleistung in natura statthaft war: ergibt einentheils die Parallele, mit welcher die fragliche Verpflichtung in Verbindung gebracht wird. Denn bei der Verpflichtung, auf mehrere Jahre einen Nießbrauch zu bestellen, handelt es sich keineswegs um fungible Leistungen in dem Sinne, daß es ganz gleichgültig wäre, in welchen Jahren der Verpflichtete seiner Verbindlichkeit nachkommen würde[42]), sondern um Leistungen, deren nachträgliche Erfüllung in natura sich der Gläubiger nicht gefallen zu lassen braucht. Andererseits folgt dies daraus: daß eine theilweise Erfüllung z. B. eine halbe Tagesarbeit unter keinen Umständen angerechnet werden soll. Denn wäre nachträgliche Leistung in natura überall zulässig gewesen, so hätte uns Pomponius auch angeben müssen: in welchen Fällen bei theilweise rechtzeitiger Erfüllung es genügt, daß der Sclave die Restarbeit an einem andern Tage beschafft hätte. Dies hätte offenbar bei solchen Arbeiten ausreichen müssen, wo es dem Gläubiger ziemlich einerlei sein konnte, ob sie einen Tag früher oder später beschafft wurden. Gesetzt z. B. er hätte sein Holz von dem betreffenden Sclaven klein gemacht haben wollen. Ob der Sclave eine solche Arbeit in zwei halben Tagen, oder einem ganzen Tage fertig machte: konnte dem Gläubiger doch am Ende ziemlich gleichgültig sein. Wenigstens, wenn heutzutage ein Arbeitsmann statt am 17. April, wie ausbedungen war, das Holz zu spalten, erst Mittags den 17. gekommen wäre, und sich dann am 18. April erboten hätte, den Rest des Holzes zu spalten: so würde man in einem solchen Falle dem Gläubiger ohne weiteres kaum gestatten können, den Arbeitsmann zurückzuweisen und ihm einen Lohnabzug zu machen. Vielmehr würde man von einem Gläubiger, der derartiges beanspruchte, mindestens den Nachweis verlangen müssen: daß ein Holzspalten am 18., statt am 17., seinem Interesse zuwider laufe, für ihn nicht den vollen Werth habe, oder daß ein nachträgliches Holzspalten zu Folge Vereinbarung ausgeschlossen sei. Und selbst ein solcher Nachweis würde

[42]) fr. 6, de usu et usufr. 33, 2. vba: praeterito biennio nihilo minus tenetur — — ut peti quidem jam usus fructus qui legatus sit non possit, quia alius futurus sit quam qui legatus fuerit. Vgl. zu dieser Stelle unten § 91, Nr. 2.

dem Gläubiger da nichts nützen, wo er drum wußte, daß der Arbeitsmann erst Mittags mit dem Holzspalten begann und dies gleichwohl ruhig geschehen ließ. Denn in einem derartigen Verhalten des Gläubigers müßte man einen Verzicht auf seine Berechtigung finden, daß das Holz schon am 17. vollständig gespalten würde. Auch würde ja in dem Falle, wenn der Arbeitsmann am 17. April Mittags krank geworden wäre, er keinen Lohn für den ganzen Tag bekommen haben[43]; sondern hätte den Rest des Holzes, wenn er wieder besser geworden wäre, nachträglich spalten müssen. Anders haben aber die Römer die Verpflichtung, einen Sclaven zu Dienstleistungen herzugeben, aufgefaßt, indem sie diese Verpflichtung nach Analogie der Verpflichtung des Freigelassenen zu Dienstleistungen behandelten.

Die andere hier zu berücksichtigende Stelle ist

fr. 37, de usufructu 7, 1. Africanus libro septimo quaestionum.

Quaesitum est, si, cum in annos decem proximos usum fructum de te dari stipulatus essem, per te steterit quominus dares et quinquennium transierit, quid juris sit. item si Stichi decem annorum proximorum operas de te dari stipulatus sim et similiter quinquennium praeteriit. respondit ejus temporis usum fructum et operas recte peti, quod per te transactum est quominus darentur.

Auch in dieser Stelle ist durch nichts angedeutet: daß der Gläubiger, welcher die Sclavendienste fordern konnte, wegen der nicht rechtzeitig geleisteten einen Interesseanspruch hätte. Operas recte peti heißt: es kann der gemeine Werth solcher Dienste beansprucht werden. Wir befinden uns hier wiederum auf dem Gebiete des certum. Und die Parallele, mit welcher diese Verpflichtung in Verbindung gebracht wird — nämlich die Verpflichtung: auf mehrere Jahre einen Nießbrauch zu bestellen — weist ebenfalls darauf hin: daß African eine nachträgliche Leistung der Dienste in natura ausgeschlossen wissen will.

III. Die Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauches.

Die Stellen, die für diese Verpflichtung in Betracht kommen, sind: fr. 36, § 2; fr. 37; fr. 47, de usufr. 7, 1; fr. 2, de annuis leg. 33, 1; fr. 6 de usu et usufr. 33, 2.

---

[43]) Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 401.

Mommsen[44]) meint freilich von einzelnen dieser Stellen, daß sie sich nicht auf unsere Mahnung bezögen; allein diese Ansicht wurde bereits früher zurückgewiesen[45]).

Die Mommsen'sche Ansicht hängt mit dem von ihm aufgestellten verkehrten Satze zusammen: daß zum Gebiete unserer Mahnung diejenigen Obligationen nicht gehörten, welche in der Weise an eine bestimmte Zeit gebunden sind, daß sie weder früher noch später erfolgen können. Was an die Stelle dieses verkehrten Satzes zu treten habe, ist gleichfalls bereits früher dargelegt worden[46]). Hier soll noch einmal die Verkehrtheit der Mommsen'schen Anschauung an der in Frage stehenden Verpflichtung von einem andern Gesichtspunkte aus dargethan werden.

Mommsen sagt in dieser Beziehung[47]):

„Anders noch gestaltet sich die Sache bei der auf Bestellung einer Personalservitut gerichteten Obligation. Daß hier um deswillen, weil die Obligation nur bis zum Tode des Gläubigers erfüllt werden kann, das Eintreten einer Mora nicht ausgeschlossen ist, folgt aus dem oben Bemerkten. — — Die Leistung einer Personalservitut nimmt nur dann den zuletzt erwähnten Character an, wenn die Personalservitut für einen genau bestimmten Zeitraum, z. B. für bestimmte Kalenderjahre, — — versprochen oder vermacht ist, dann aber ist der gedachte Character ihr auch vollständig beizulegen."

Also ist jemand verpflichtet: seinem Gläubiger einen Nießbrauch für dessen Lebenszeit zu bestellen — so ist nach Mommsen eine wirksame Mahnung denkbar. Anders soll aber die Sache stehen, wenn der Nießbrauch für eine bestimmte Reihe von Jahren zu bestellen war. In ersterer Beziehung beruft Mommsen sich auf fr. 36 § 2 de usufr., in letzterer Beziehung auf fr. 37 eodem und fr. 6 de usu et usufr. 33, 2.

Nun hat freilich fr. 36 § 2 de usufr. eine andere Wirkung der Mahnung vor Augen, als die andern beiden Stellen. Aber von Wirksamkeit der Mahnung gehen alle drei Stellen aus. Die Ansicht Mommsen's ist überhaupt so wunderbar, daß man schwer begreift: welcher Irrthum die Aufstellung derselben veranlaßt haben mag.

Vielleicht ist dieselbe auf folgende Weise entstanden.

---

44) a. a. O, S. 30.

45) Bd. I, S. 117.

46) Bd. I, § 12.

47) a. a. O, S. 29, 30, Anm. 7.

Mommsen geht auf S. 28 zunächst von dem Falle aus, wenn ein Grundstück für die Zeit vom ersten Mai 1854 bis zum ersten Mai 1859 verpachtet wurde. Dies soll eine Obligation sein, bei der von einer wirksamen Mahnung keine Rede sein könne.

Allerdings handelt es sich in diesem Falle, ebenso wie bei der Verpflichtung, einen Nießbrauch auf fünf Jahre zu bestellen, um Leistungen nicht fungibler Art. Es ist nicht gleichgültig: in welchen fünf Jahren der Gläubiger den Nießbrauch, bezw. die Pachtung erhält. Daraus sollte man aber schließen: daß das Recht um so mehr Veranlassung habe, die Mahnung hier mit Wirkungen zu versehen, als wo es sich um Leistungen fungibler Art handelt.

Und warum soll dieser Fall anders liegen, als wenn ein Grundstück zum ersten Mai 1854 z. B. verkauft wäre? Allerdings waltet hier ein Unterschied zwischen Pachtung und Nießbrauchseinräumung einerseits und Kauf andererseits ob: dieser Unterschied ist aber durchaus nicht qualitativer, sondern lediglich quantitativer Natur.

Denn wenn ich mir ein Grundstück zum ersten Mai 1854 kaufe, so handle ich mir die Ausnutzung dieses Grundstückes für alle Zeit an, so lange das Grundstück existirt; also auch für die fünf Jahre vom ersten Mai 1854 bis ersten Mai 1859. Dagegen bei dem in Frage stehenden Pachtungsvertrage handle ich mir nur die Ausnutzung für die fünf Jahre vom ersten Mai 1854 bis ersten Mai 1859 an.

Sind nun die fünf Jahre abgelaufen, so kann bei der Pachtung, da es sich um nichtfungible Leistungen handelt, von einer Erfüllung in natura gar keine Rede mehr sein; dagegen beim Kauf ist noch für die Folgezeit eine Erfüllung in natura denkbar. Dies beruht aber darauf, weil der Kauf die Ausnutzung von mehr als bloß fünf Jahren zu seinem Gegenstand hatte; der Unterschied ist also lediglich ein quantitativer; in Bezug auf die betreffenden fünf Jahre sind beide Obligationen in der hier fraglichen Beziehung durchaus nicht verschieden geartet.

Hat Mommsen vielleicht diese quantitative Verschiedenheit für eine qualitative genommen; und geglaubt: daß das unterscheidende Merkmal die in Bezug auf Endpunkt und Anfangspunkt bei der Pachtung genau bestimmte Zeit sei? Und ist Mommsen auf Grund eines solchen Vorgedankens vielleicht veranlaßt worden: bei der auf Bestellung eines Nießbrauches gerichteten Obligation zu unterscheiden, ob der Nießbrauch für die Lebenszeit des Gläubigers, oder nur für bestimmte Kalenderjahre berechnet war?

Sei dem indes, wie ihm wolle — jedenfalls ist die Mommsen'sche Ansicht verkehrt. Und wie wichtig gerade bei der Pachtung und der Verpflichtung, einen Nießbrauch zu bestellen, eine Mahnung werden kann: wird uns dann recht klar werden, wenn wir uns die rechtzeitige Mahnung wegdenken, und untersuchen, wie es wohl ohne Mahnung um die Berechtigung des Gläubigers bestellt sein mag.

Fangen wir wieder mit dem Pachtungsbeispiele an, von dem Mommsen ausging. Also wenn der Pächter sich am ersten Mai 1854 nicht einstellte, um die Pachtung zu übernehmen, also nicht mahnte: wie wird es dann? Dann besorgt vielleicht der Verpächter bis auf weiteres die Wirthschaft, und hat später das herauszugeben, warum er bereichert wird [48]), keinenfalls aber dem Pächter sein Interesse zu erstatten, was bei nichtbeachteter Mahnung der Fall gewesen wäre. Ferner ist der Verpächter durchaus nicht verpflichtet, die Bewirthschaftung des Grundstückes zu übernehmen, sondern kann dasselbe brach liegen lassen, und behält gleichwohl seinen Anspruch auf die Pachtgelder.

Noch wichtiger wird die Mahnung bei Verpflichtungen dieser Art, die auf letztwilliger Verfügung beruhen. Man setze z. B.: der Erbe sei verpflichtet, von dem auf den Todestag des Testators folgenden Johannistermine an, dem X einen fünfjährigen Nießbrauch an einem Landgute zu bestellen. Der X mahnt aber gar nicht. In einem solchen Falle behält der Erbe sogar die Früchte, um die er sich in Folge der unterlassenen rechtzeitigen Mahnung bereicherte. Denn dies sind Früchte, die er neglegentia petentis erzielte, und die sollen dem Erben verbleiben, wie wir oben [49]) gesehen haben.

Die Mahnung ist in Fällen dieser Art also ganz außerordentlich wichtig, und zwar äußert sie nach heutigem Recht hier nicht bloß eine, sondern unter Umständen sogar zwei Wirkungen. Der Gläubiger kann einentheils sein Interesse geltend machen, andererseits dem Schuldner die Bereicherung abholen, die dieser bei rechtzeitiger Beachtung der Mahnung nicht gemacht hätte.

Beschränken wir uns jetzt wieder auf unsere Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauches, so wäre zunächst zu bemerken: daß der Interesseanspruch als eine Wirkung der Mahnung in unsern Quellen

[48]) arg. fr. 19 § 9, 10 Loc. 19, 2. Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 400.

[49]) Siehe oben § 82, S. 261.

hier ausdrücklich anerkannt wird[50]). Daß aber der Gläubiger, der mahnte, auch einen Anspruch auf die Bereicherung habe, folgt aus den oben[51]) aufgestellten Grundsätzen.

Nun verknüpfen aber die Quellen bei unserer Verpflichtung mit der Mahnung noch eine andere Wirkung, die uns hier vor allen Dingen zu beschäftigen hat. Und gerade die in dieser Beziehung in Betracht kommenden Stellen, über die sich Mommsen[52]) in der Weise hinweggeholfen hat, daß er den Ausdruck mora u. s. w. in denselben für nicht technisch erklärte, machen am meisten Schwierigkeit. Hier ist der Ort, auf diese Stellen näher einzugehen.

Zwei Stellen[53]) beziehen sich auf den Fall, wo dem Erben durch Vermächtnis die Verpflichtung auferlegt ist, für bestimmte Jahre einen Nießbrauch zu bestellen; in der andern[54]) beruht diese Verpflichtung auf Stipulation.

Zur Erklärung der ersteren beiden Stellen muß ich zunächst wieder an den Inhalt von Gajus II, 280 erinnern. Gajus sagt uns hier: daß der Anspruch auf Mahnungszinsen und Mahnungsfrüchte bei Fideicommissen erst durch Hadrian (117—138) eingeführt sei. Anlangend das legatum sinendi modo, so hätte Julian den Vorschlag gemacht: es hier mit der Mahnung ebenso zu halten, wie bei den Fideicommissen — und diese Ansicht Julian's erhalte zur Zeit des Gajus die Oberhand.

So lange aber die Mahnung bei Legaten noch keinen Anspruch auf Zinsen und Früchte erzeugte, kann sie unmöglich dem Gläubiger schon einen Interesseanspruch verschafft haben. Denn Interesse ist ein incertum, so lange aber die Mahnung beim legatum sinendi noch keinen Anspruch auf Zinsen und Früchte erzeugte, war sich diese Legatenform in der hier fraglichen Beziehung ihres incerten Charakters noch gar nicht bewußt geworden.

Wenn aber der Interesseanspruch vor Julian als Mahnungswirkung bei einem Nießbrauchslegat noch gar nicht gedenkbar war, in welcher Weise half man sich hier denn früher?

Auf diese Frage geben uns nun gerade die beiden mehrfach in

---

[50]) fr. 36 § 2, fr. 47 de usufr. 7, 1. Ueber die erstere Stelle vgl. oben § 65 S. 43 fgg.

[51]) Vgl. § 82 S. 275.

[52]) a. a. O. S. 30, 31.

[53]) fr. 2 de ann. leg. 33, 1; fr. 6 de usu et usufr. 33, 2.

[54]) fr. 37 de usufr. 7, 1.

Bezug genommenen Stellen Aufschluß, die beide dem Sabinus-Commentare des Pomponius entnommen sind, also der vorjulian'schen Zeit angehören. Denn in diesem Commentare des Pomponius wird Julian noch nirgends angeführt, während Julian dieses Werk des Pomponius mehrfach benutzt hat [55]).

Die eine dieser beiden Stellen, fr. 2 de ann. leg., ist dem 6. Buche des Sabinus-Commentares entnommen, und wurde bereits oben ausgeschrieben. Pomponius will hier die durch legatum sinendi modo entstandene Verpflichtung, einen Nießbrauch an einem Grundstücke für einzelne Jahre zu bestellen, gerade so behandelt wissen, wie eine operarum obligatio. Und zwar sollen die einzelnen Jahre den einzelnen operae entsprechen. Wie also eine Nichtbeachtung der Mahnung, wo es sich um operae handelt, dem Gläubiger sofort einen Anspruch auf den Werth der operae verschafft, ohne daß eine nachträgliche Oblation noch zugelassen wird; so soll es sich auch mit dem Nießbrauchsvermächtnis verhalten. Ließ der Erbe zu Anfang eines Jahres eine in Bezug auf dies Legat vorgebrachte Mahnung unberücksichtigt, so hat er sofort den gemeinen Werth eines solchen Nießbrauches für ein ganzes Jahr zu erstatten: tamen totius anni nomine mihi tenebitur."

Man sieht: Pomponius weiß sich zu helfen. Sein Grund ist: quia cultura sim exclusus, d. h.: weil ich von der Bewirthschaftung ausgeschlossen bin. Vom Standpunkte des Interessebegriffes käme man freilich zu einem etwas andern Ergebnisse. Denn darnach müßte sich der Gläubiger eine Oblation mitten im Jahre jedenfalls dann gefallen lassen, wenn ihm für den Schaden, der ihm durch die Verspätung geworden, nur Ersatz geleistet würde. Dieser Schade könnte möglicher Weise viel geringer sein, als der gemeine Werth eines solchen Nießbrauches für ein ganzes Jahr. Es könnte auch gar kein Schaden für den Gläubiger entstanden sein, wenn der Schuldner das Grundstück nach der Mahnung ganz ordentlich bewirthschaftet hätte, und die etwa gezogenen Früchte noch alle vorhanden wären.

Die andere hier zu betrachtende Stelle [56]) ist aus dem 15. Buche des Sabinus-Commentares und lautet:

---

[55]) Vgl. Fitting, Alter, S. 8, 9; fr. Vat. § 88; fr. 6, 7 quib. mod. ususfr. 7, 4; fr. 63 § 9 pro socio 17, 2.

[56]) fr. 6 de usu et usufr. 33, 2.

Si usus fructus mihi in biennium continuum a morte testatoris legatus sit et per heredem steterit, quo minus eum mihi daret, praeterito biennio nihilo minus tenetur (quemadmodum teneretur, si res legata in rerum natura esse desisset, quam quis deberet, moratusque esset in ea danda), ut peti quidem jam usus fructus qui legatus sit non possit, quia alius futurus sit quam qui legatus fuerit, sed aestimatio ejus bima dumtaxat facienda sit.

Die Parallele, welche Pomponius hier zwischen Untergang der Sache und Zeitablauf zieht, ist in dem vorliegenden Fall durchaus zutreffend. Denn bei fruchttragenden Sachen, die auf eine Reihe von Jahren zum Fruchtgenuß bestimmt sind, kann die Leistung schon durch bloße Vorenthaltung der Sache unmöglich werden, wenn nämlich die Vorenthaltung die ganze Zeit über dauert, sofern der Gläubiger sich eine Nachleistung in Natur nicht gefallen zu lassen braucht, und sich eine solche Nachleistung nicht gefallen lassen will[57]). Andererseits zeigt uns diese Parallele: daß Pomponius hier beim Nießbrauchslegat durchaus nicht daran dachte, mit der Mahnung einen Interesseanspruch zu verbinden; der Gläubiger soll nur den gemeinen Werth erhalten.

So liegt denn beiden besprochenen Stellen folgende Wirkung der Mahnung zu Grunde. Der Gläubiger erhält nicht sein Interesse, sondern den gemeinen Werth ersetzt. Wurde der Schuldner zu Anfang eines Jahres gemahnt, und ließ derselbe diese Mahnung unbeachtet; so ist eine Leistung des Nießbrauches in natura für dieses Jahr nicht mehr zuläßig. D. h. m. a. W.: wir haben es hier mit einer Nichtgeldleistung zu thun, die in Folge nichtbeachteter Mahnung in eine Geldleistung umgewandelt wird, ohne daß bei dieser Umwandlung der Interesse-Gesichtspunkt der maßgebende ist.

Den Interesseanspruch als Wirkung der Mahnung beim Nießbrauchslegat finden wir zuerst in fr. 36 § 2 de usufr. 7, 1, einer Stelle, die uns bereits früher beschäftigt hat[58]). Das ist auch weiter nicht auffallend: denn diese Stelle ist aus dem 5. Buche von African's Quästionen, in welchem Werke schon mehrfach auf Julian Rücksicht

[57]) Vgl. unten § 91, Nr. 2.
[58]) Vgl. oben § 65, S. 43 fgg.

genommen wird [59]). Es steht also anzunehmen: daß die Julian'sche Ansicht, von der uns Gajus II, 280 berichtet, damals schon aufgestellt war. Julian hatte einmal die Losung gegeben: daß die Mahnung beim incerten Legat andere Wirkungen haben müsse, als beim certen. Es war nur eine Weiterentwicklung des Julian'schen Gedankens, wenn African das Nießbrauchslegat in der hier fraglichen Beziehung als ein incertum behandelte, und mit der Mahnung hier einen Interesseanspruch verknüpfte. Daß aber gerade diese Wirkung der Mahnung hier eine sehr sachgemäße war, dafür legt am besten der Umstand Zeugnis ab: daß Pomponius selber in einem seiner späteren Werke, abweichend von seiner früheren Ansicht, den Interesseanspruch bei dieser Obligation als Wirkung der Mahnung hinstellt. Es ist dies die folgende Stelle.

fr. 47 de usufructu 7, 1. — Pomponius libro quinto ex Plautio.

> Quod si heres hoc non fecisset et ob id fructuarius frui non potuisset, heres etiam fructuarii eo nomine habebit actionem, quanti fructuarii interfuisset non cessasse heredem, licet usus fructus morte ejus interisset.

Zum Verständnis dieser Stelle müssen wir auf den unmittelbar vorhergehenden § 1 von fr. 46 zurückgehen. Ein Testator hatte den Nießbrauch an einem Hause (insula) vermacht, und seinem Erben auferlegt, dasselbe auszubessern. In Bezug auf diese Vorhandlung [60]) das Ausbessern, war der Erbe säumig gewesen, und weil in Folge dessen der Nutznießer das Haus nicht nutzen konnte, so soll der Erbe des Nutznießers einen Anspruch auf's Interesse haben: quanti fructuarii interfuisset non cessasse heredem. In diesen Worten ist der Interesseanspruch als Wirkung der Mahnung unumwunden anerkannt.

Der Plautiuscommentar gehört nämlich zu den spätern Werken des Pomponius. Derselbe ist jedenfalls nach 148 zu setzen [61]). Die Einwirkung Julian'scher Ansichten ist auch sonst unverkennbar, da Julian öfter citirt wird [62]).

---

[59]) Fitting, Alter, S. 15. fr. 23 R. C. 12, 1; fr. 38 de cond. indeb. 12, 6; fr. 31 de pign. act. 13, 7.

[60]) Vgl. Bd. I, S. 465.

[61]) Fitting, Alter, S. 11.

[62]) fr. 47 Mand. 17, 1; fr. 40 pr. de manum. test. 40, 4; fr. 8 R. C. 12, 1; fr. Vat. § 75, § 82; fr. 11 § 1 Leg. II.

Durch diesen Interesseanspruch, den Pomponius schließlich selber als eine Wirkung der Mahnung beim Nießbrauchslegat hinstellt, ist die Mahnungswirkung als beseitigt anzusehen, welche wir in dieser Beziehung von demselben Schriftsteller in fr. 2 de ann. leg. 33, 1 und fr. 6 de usu et usufr. 33, 2 angegeben finden.

Man möchte freilich meinen: auch sonst bringt die Mahnung neben dem Interesseanspruch andere Wirkungen hervor in der Weise, daß der Gläubiger sich der einen oder der andern bedienen kann — ich erinnere hier an die Zinse [63]) und die Bereicherungsfrucht [64]) — könnte man sich nun die in fr. 2 de ann. leg. 33, 1 und fr. 6 de usu et usufr. angegebene Wirkung nicht ebenfalls in der Weise gefallen lassen, daß sie zum Interesseanspruch in ein ähnliches Verhältnis träte?

Allein Rechtszinse und Bereicherungsfrucht neben dem Interessebegriff zuzulassen, hat eine innere Berechtigung für sich. Dagegen das Verhältnis der Wirkung in dd. fr. 2 und fr. 6 zum Interessebegriff ist das des Unvollkommenen zum Vollkommenen. Und das Unvollkommene da beizubehalten, wo man das Vollkommene schon hat: hätte wahrlich keinen Sinn.

Bisher haben wir immer schlechthin von einem Nießbrauchslegat gesprochen, ohne auf die einzelnen Formen, in welchen dies Legat hinterlassen sein konnte, Rücksicht zu nehmen. Ist dieser Standpunkt auch vom Justinian'schen, und noch mehr vom heutigen Rechte aus, der einzig zutreffende; so taucht doch vom Standpunkte des klassischen Rechts die Frage auf: ob für die Wirkungen unserer Mahnung nicht zwischen den einzelnen Legatenformen zu unterscheiden sei.

In dieser Beziehung möchte ich nun glauben: daß bereits die Römischen Juristen, so viel unsere Mahnung angeht, das Nießbrauchslegat als solches entwickelt haben, ohne auf die Form, in welcher der Nießbrauch legirt war, allzugroßes Gewicht zu legen.

Denn in fr. 2 de ann. leg. 33, 1, wo der Nießbrauch in Form eines legatum sinendi modo zugewandt war, stellt Pomponius dies Legat in Parallele mit einem Damnationslegat „operas Stichi dare damnatus". Ferner behandelt Pomponius in fr. 6 de usu et usufr. 33, 2, das Nießbrauchslegat gerade so wie in d. fr. 2 de ann. leg. ohne die Form, in welcher der Nießbrauch vermacht

---

[63]) Vgl. oben § 81, Nr. 3, S. 239, 240.
[64]) Vgl. oben § 82, S. 275, 276.

war, näher anzugeben. Und ebenso ist in fr. 36 § 2 und fr. 47 de usufr. 7, 1 allgemein von einem Nießbrauchslegat die Rede, ohne daß die betreffenden Verfasser es für nöthig gehalten hätten: die Form, in welcher der Nießbrauch legirt war, auch nur anzudeuten.

Wir haben allerdings gesehen: daß sich die Römer beim Nießbrauch gern des legatum sinendi modo bedienten [65]). Allein wir finden doch auch das Damnationslegat hier gebraucht [66]). Da wir nun aber in den Stellen, welche sich auf unsere Mahnung beziehen, auf die Form nicht das mindeste Gewicht gelegt finden, müssen wir doch wohl annehmen: daß das Nießbrauchslegat hinsichtlich der Mahnungswirkungen schon von den Römischen Juristen stets gleich, und zwar, wie ich glaube, so behandelt wurde, als ob es in der Form des legatum sinendi modo hinterlassen wäre.

Zu dieser Annahme veranlassen mich folgende Betrachtungen.

Das Civilrecht schrieb vor: daß Sachen nur unter bestimmten Eigenthumsvoraussetzungen auf dem Wege des Vindicationslegates gültig vermacht werden konnten [67]). Hieran änderte ein S. C. Neronianum, indem es vorschrieb [68]):

> ut si eam rem quisque legaverit, quae ejus numquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si optimo jure relictum esset: optumum autem jus est per damnationem legatum.

Nun konnte auch ein Nießbrauch auf dem Wege des Vindicationslegates vermacht werden [69]). Und wenn ein solches Nießbrauchsvindicationslegat nichtig war [70]), wie dann? Dann möchte man meinen: hätte es in Gemäßheit des S. C. Neronianum als Damnationslegat aufrecht erhalten werden müssen. Allein seit der Julianschen Neuerung, von der Gaj. II, 280 berichtet, war das Damnationslegat, so viel unsere Mahnung angeht, gar nicht nothwendig mehr optumum jus: denn beim legatum sinendi modo erzeugte die Mahnung einen Anspruch auf Früchte und Zinsen, was beim Damnationslegat nicht der Fall war. Und warum sollte bei einem

---

[65]) Vgl. oben § 77, Anm. 96, S. 186.

[66]) fr. 19 de usu et usufr. 33, 2; Vat. fr. § 87, 88.

[67]) Gaj. II, 196.

[68]) Gaj. II, 197, 212.

[69]) fr. Vat. § 83.

[70]) Vgl. fr. Vat. § 85.

nichtigen Vindicationslegate dem Legatar nicht auch freigestanden haben, dasselbe als legatum sinendi modo aufrecht zu erhalten? Der Wortlaut des S. C. Neronianum, wie uns Gajus und Ulpian [71]) denselben mittheilen, steht dem wenigstens durchaus nicht entgegen.

Hatte aber ein mit einem nichtigen Vindicationslegate Bedachter die Befugnis: dasselbe als legatum sinendi modo zu behandeln — warum denn auch nicht der, welchem ein gültiges Vindicationslegat hinterlassen war? Denn der Satz: daß die Befugnisse des S. C. Neronianum auch demjenigen nicht zu versagen seien, der sich auf ein gültiges Vindicationslegat berufen konnte — läßt sich kaum von der Hand weisen. Konnte ein solcher doch nicht schlechter dastehen, als ein mit einem nichtigen Vindicationslegate Bedachter [72])! Jedenfalls finden wir später im Römischen Recht und zwar schon in Julian's Digesten den Satz, der sich sicherlich auf Grundlage des S. C. Neronianum erst entwickelt haben wird: daß wer mit einem dinglichen Legate bedacht sei, dasselbe auch als ein obligatorisches behandeln könne [73]). Hatte aber, wer mit einem Vindicationslegate, sei es gültigen oder ungültigen, bedacht war, die Befugnis: dasselbe als legatum sinendi modo zu behandeln — warum wollte man diese Berechtigung nicht auch einem mit einem Damnationslegate Bedachten einräumen? Wir sahen allerdings: daß sich das certe Damnationslegat noch bis auf Justinian wenigstens bei Sachleistungen erhalten hat [74]). Allein diesem Satze entgehen wir, sobald wir annehmen: daß sich die Römer den legirten Nießbrauch an sich als incertum dachten. Und daß sich die Entwicklung in dieser Weise gemacht haben wird, dafür spricht eben der Umstand: daß wir auf die Form des Nießbrauchsvermächtnisses nicht das mindeste Gewicht gelegt finden.

So hätten wir denn also hier schon zu Zeiten der Römischen Juristen eine Art Ausgleichung der Legatsformen. Und das wäre so wunderbar gar nicht. Denn die Ausgleichung unter den verschiedenen

---

[71]) Ulp. XXIV § 11a.

[72]) A. M. freilich Mayer, die Lehre von den Legaten § 2, Anm. 12, S. 10; vgl. aber dagegen Arndts, die Lehre von den Vermächtnissen, Bd. I, S. 40.

[73]) fr. 33, fr. 84 § ult., fr. 85, fr. 108 § 2 Leg. I; fr. 76 § 8 Leg. II. Vgl. Bd. I, S. 80.

[74]) Vgl. oben § 83.

Vermächtnisarten, welche Justinian vornahm, beruhte nicht auf einem ganz neuen, von diesem Kaiser erfundenen Gedanken: Justinian brachte nur eine Entwicklung zum Abschluß, deren Keime schon im S. C. Neronianum lagen [75]).

Mag man indes über die zuletzt erörterte Frage einer Ansicht sein, welcher man wolle — vom Standpunkte des Justinian'schen Rechtes aus kann es nicht mehr zweifelhaft sein: daß wir das Nießbrauchslegat als solches in's Auge zu fassen haben, ohne auf die Form, in der es hinterlassen war, Rücksicht zu nehmen. Und auch die Ansicht wird man hoffentlich nicht bedenklich finden: daß die Mahnungswirkung, welche Pomponius in seinem Sabinus-Commentare für das Nießbrauchslegat aufstellt, durch die spätere Entwicklung, die hier das Recht genommen hat, beseitigt ist.

Jetzt wäre noch auf den stipulirten Nießbrauch einzugehen, in welcher Beziehung eine bereits oben, S. 319, ausgeschriebene Stelle, fr. 37 de usufr. 7, 1, in Betracht kommt.

Die Stelle ist aus dem 7. Buche von African's Quästionen. African behandelt hier den stipulirten Nießbrauch, anlangend die Mahnungswirkungen, gerade so wie eine operarum obligatio: für die Nießbrauchsjahre, welche nach der Mahnung verflossen sind, soll der gemeine Werth ersetzt werden „ejus temporis usumfructum — — recte peti, quod per te transactum est, quominus darentur“.

Es kann auffallend erscheinen, daß African in seinem 7. Buche der Quästionen den stipulirten Nießbrauch an einer bestimmten Sache in Bezug auf die Wirkungen der Mahnung als ein certum behandelt, während er im 5. Buche desselben Werkes beim legirten Nießbrauch mit der Mahnung einen Interesseanspruch verbindet.

Allein einerseits war der Fall, wie African ihn in fr. 36 § 2 de usufr. zu Grunde legt, eher geeignet, ihn auf den Interessebegriff hinzuführen, als der Fall, wie African ihn in fr. 37 de usufr. voraussetzt. Und dann ist es angesichts des S. C. Neronianum, sowie des Umstandes, daß sich die Römer beim Nießbrauch gerne des legatum sinendi modo bedienten, an sich gar nicht wunderbar: daß sich ein legirter Nießbrauch in der hier fraglichen Beziehung eher seines incerten Charakters bewußt wurde, als ein in dieser Form „spondesne mihi usumfructum dare?“ versprochener.

[75]) Vgl. Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideicommissen S. 17 fgg. Kuntze, Institutionen, § 916, Derselbe, Excurse S. 458.

Später freilich entwickelte sich auch der stipulirte Nießbrauch zu einem incertum, wie wir aus folgender Stelle ersehen:

fr. 75 § 3 V. O. 45, 1. — Ulpianus.

Fundi certi si quis usum fructum stipulatus fuerit, incertum intellegitur in obligationem deduxisse: hoc enim magis jure utimur.

Faßte man aber auch den stipulirten Nießbrauch in späterer Zeit als ein incertum auf; so wird die entsprechende Mahnungswirkung nicht mehr, wie noch African annimmt, der gemeine Sachwerth, sondern ebenfalls ein Interesseanspruch gewesen sein. Wenigstens dann, wenn sich das Römische Recht naturgemäß fortentwickelt hätte.

Und so gelangen wir für den stipulirten Nießbrauch vom Standpunkte des spätern Römischen Rechtes aus ebenfalls zu dem Satze: daß der Interesseanspruch den gemeinen Sachwerth verdrängt hat.

IV. Schließlich wäre hier noch der obligatio auf res certa im engern Sinne zu gedenken.

Wir sahen in diesem Paragraphen: daß auch die Obligationen auf operam dare den Obligationen auf certa res beigezählt werden mußten, die mit condictio auf res certa geltend gemacht wurden. Dem gegenüber verstehe ich unter einer obligatio auf res certa im engern Sinne eine Obligation, die sich auf eine wirklich körperliche Sache bezieht. Mit dieser Obligatio auf res certa im engern Sinne und der Wirkung, welche die Mahnung hier ausübte, habe ich mich bereits früher ausführlich beschäftigt [76]). Als Wirkung der Mahnung lernten wir hier die Obligationsverlängerung kennen, deren Wesen ich darein setzte: daß der Geschworne auf den Zeitpunkt der Mahnung zu sehen, und in den damaligen Werth der Sache zu verurtheilen hatte, einerlei was später aus der Sache geworden war; der Schuldner also für Zufall zu haften habe. Der Geschworne hatte nicht in das Interesse, sondern den gemeinen Sachwerth zu verurtheilen, denn wir befinden uns hier auf dem Gebiete des certum.

Diese Auffassung reicht auch für die spätere Zeit vollkommen aus. Es gab indes einmal eine Zeit, wo es mit dieser Obligationsverlängerung eine andere Bewandtnis hatte. Sie machte den Schuldner nicht bloß für Zufall verantwortlich, sondern verwandelte die Obligation auf Sachleistung geradezu in eine Obligation auf Geldleistung, weil eine Oblation der Sache nach der Mahnung wirkungslos war.

---

[76]) Vgl. oben § 63—66.

Ueber diese Entwicklung, die hier das Römische Recht genommen hat, gibt uns folgende Stelle Aufschluß.

fr. 91 § 3 V. O. 45, 1. — Paulus.

Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. et quidem si effecerit promissor, quominus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur. et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Julianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?

Aus dieser Stelle ersehen wir: daß es einmal eine Zeit gab, wo der Gläubiger, der vergeblich gemahnt hatte, sich eine spätere Oblation bei der obligatio auf res certa nicht gefallen zu lassen brauchte. Die Vertheidiger dieser Ansicht hatten es an einer wissenschaftlichen Begründung nicht fehlen lassen „sub auctoritate juris scientiae". Sie werden vermuthlich folgenden Gesichtspunkt geltend gemacht haben. Durch die constitutio veterum ist das Augenmerk des Geschwornen vom Zeitpunkt der Litiscontestation auf den der Mahnung verlegt. Wie früher der Geschworne sich nur darum zu bekümmern hatte, was die Sache im Augenblicke der Litiscontestation werth war; so kümmert ihn jetzt, wo die Wirkungen der Mahnung geltend gemacht werden, nur der Werth der Sache zur Zeit der Mahnung. Dinge, die sich nach der Mahnung zutragen, fallen außer dem Bereich des Geschwornen, und so auch eine spätere Oblation.

Seitdem aber einmal Sabinus und Cassius den Satz aufgebracht „omnia judicia esse absolutoria" [77]) und damit ausgesprochen hatten: daß es auch bei judicia stricti juris gewisse Dinge gebe,

[77]) Gaj. IV, 114.

die den Geschwornen selbst dann kümmern müßten, wenn sie sich nach der Litiscontestation zutrügen — war es von einem Römischen Geschwornen nicht mehr zu viel verlangt, wenn man ihm zumuthete: daß er eine Oblation nach der Mahnung nicht unberücksichtigt lasse. Diese Ansicht theilt denn auch trotz seiner Proculejanereigenschaft [78]) Celsus der Sohn, der sich hierfür auf die Billigkeit beruft „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo", und dessen Begründung man eine gewisse Erregtheit anmerkt, weil er seinen Gegnern ein „perniciose erratur" entgegenschleudert. Der Auffassung des Celsus folgte Julian und Paulus, und für das spätere Römische Recht kann sie überhaupt nur noch allein in Betracht kommen. Anders war es aber zur Zeit des Celsus, denn er muß selber einräumen: daß die Ansicht seiner Gegner in der Praxis die vorherrschende sei „plerumque". Und diese Ansicht, die Celsus so lebhaft bekämpft, haben wir überhaupt als die von Haus aus gegebene zu betrachten.

Hiergegen möchte man vielleicht einwenden wollen: ob nicht, da Celsus die zu seiner Zeit herrschende Praxis als eine irrthümliche bezeichnet, die Praxis vor Celsus eine andere gewesen sein könne. Allein wir haben uns die Sache doch wohl so zu denken: daß bereits zur Zeit des Celsus Abweichungen von der alten Praxis vorkamen, diese Abweichungen aber nur die Ausnahme bildeten. Celsus stellt sich nun auf die Seite dieser Ausnahme und greift von diesem Standpunkte aus die gemeine Meinung an. Denn hätte schon vor Celsus sich eine Autorität gegen diese Praxis aufgelehnt, so würde sich Celsus wohl darauf berufen haben. Auch Paulus kennt keinen älteren Gewährsmann als Celsus, dessen Ansicht er probabilis findet, und bemerkt ausdrücklich: daß Julian ebenfalls der Ansicht des Celsus beigepflichtet habe.

Dazu kommt: daß die herrschende Ansicht zur Zeit des Celsus vom Standpunkte des alten Rechtes aus gar nicht als ein so gefährlicher Irrthum erscheint. Denn wenn erst die Sabinianer den Satz aufstellten: omnia judicia esse absolutoria — man also vorher nicht einmal an einer doppelten Zahlung Anstoß nahm; weshalb sollte man die durch Mahnung herbeigeführte Obligationsverlängerung nicht so verstehen: daß eine nachherige Oblation, die dem Schuldner doch noch den Gegenstand ließ, die Obligationsverlängerung nicht wieder beseitige?

---

[78]) fr. 2 § 47 O. J. 1, 2.

Freilich will die herrschende Ansicht die Möglichkeit einer doppelten Zahlung für's alte Recht nicht recht einräumen, oder geht doch mindestens dahin: daß auch die Proculejaner dem Beklagten ein Mittel an die Hand gegeben hätten, „durch welches er sich vor der Unbilligkeit, zwey Mahl bezahlen zu müssen, schützen konnte“ [79]). v. Savigny [80]), Römer [81]), Dernburg [82]) denken hier an die condictio sine causa. Rudorff [83]) trennt in ungehöriger Weise die sachliche Entscheidung von der Wettentscheidung. v. Bethmann-Hollweg [84]) sagt: „daß durch Annahme der Befriedigung von Seiten des Klägers der Rechtsstreit selbst aufgehoben ist, versteht sich von selbst“. Vgl. gegen die beiden letztern Kuntze [85]), der seinerseits den Beklagten gegen die actio judicati durch exceptio doli generalis glaubt schützen zu müssen.

Allein jedenfalls nahm das alte Recht auf dem Gebiete der strengrechtlichen Obligationen an der Möglichkeit einer doppelten Zahlung formell keinen Anstoß, weil es nach stattgehabter Zufriedenstellung eine Verurtheilung zuließ, und damit dem Gläubiger auf's neue einen executionsreifen Anspruch verschaffte. Eine andere Frage ist die: ob ein solcher Gläubiger jemals so unanständig gewesen sein wird, von einer solchen actio judicati Gebrauch zu machen. Und wo einem Gläubiger in dieser Beziehung nicht recht zu trauen war, wird wohl jeder vorsichtige Schuldner sich vor der Zahlung in Stipulationsform einen Revers dahin haben ausstellen lassen: Gläubiger dürfe sich aber gegen ihn nicht der actio judicati bedienen. Wo aber einem unanständigen Gläubiger gegenüber eine derartige Vorsichtsmaßregel unterlassen war, mag man auch mit exceptio doli der actio judicati gegenüber geholfen haben, falls derartige actiones judicati überall vorgekommen sein sollten. Jedenfalls dürften wir aber diesem Auskunftsmittel kein allzuhohes Alter beilegen. Auch müssen wir uns vor der Vorstellung hüten: als ob ein positives Recht gegen jede nur denkbare Unbilligkeit stets die erforderlichen Schutzmittel in Bereitschaft haben müßte. Das positive Recht hinkt den Bedürfnissen stets nach.

---

[79]) Keller, Litiscontestation, S. 184.

[80]) System, Bd. 6, S. 62, Anm. 1.

[81]) Das Erlöschen des klägerischen Rechts, S. 80.

[82]) Heidelberger Kritische Zeitschrift, Bd. I, S. 261.

[83]) Rechtsgeschichte, Bd. II, § 80, S. 270.

[84]) Civilproceß, Bd. II, S. 517.

[85]) Excurse, S. 329.

Dies ist heute noch so, und war für die alte Zeit in weit höherem Grade der Fall.

Ist aber, um wieder zu unserer Obligationsverlängerung zurückzukehren, richtig, was wir gefunden haben: hatte die Obligationsverlängerung vor Celsus nicht bloß den Inhalt, daß der gemahnte Schuldner für Zufall haftete, sondern auch den, daß die Sachleistung in eine Geldleistung verwandelt wurde, eine nachträgliche Oblation der Sache ihm also nicht gestattet war; so kann unmöglich zu Labeo's Zeiten diese Wirkung schon bei der Verkaufsverpflichtung mit der Mahnung verknüpft gewesen sein. Denn Labeo gestattet einem gemahnten Verkäufer nicht bloß ganz unbedenklich eine Oblation, sondern legt ihr auch den Käufer benachtheiligende Wirkungen bei [86]). Und was von Labeo, muß in gleicher Weise von Javolen gelten, da fr. 51 pr. A. E. V., aus dessen Bearbeitung der posteriora Labeonis entnommen ist, und Javolen der Ansicht Labeo's nichts hinzuzufügen hat, dieselbe also billigt. Fr. 17 de per. et com. ist aus dem Commentare des Pomponius zum Quintus Mucius; und in Bezug auf Pomponius kamen wir schon früher auf andere Weise zu dem Ergebnis: daß derselbe die Obligationsverlängerung als Wirkung der Mahnung auf dem Gebiete der gutgläubigen Obligationen noch nicht gekannt haben kann [87]).

Ueberblicken wir jetzt den Inhalt dieses Paragraphen, so zeigt sich uns, daß die hier in Betracht gezogene Wirkung der Mahnung, Umwandlung einer Nichtgeldleistung in eine Geldleistung, in den unter III und IV besprochenen Fällen schon im späteren Römischen Recht weggefallen war: in den Fällen unter III vorzugsweise deshalb, weil sich hier der Interessebegriff eingestellt, in den Fällen unter IV, weil man eine nachträgliche Oblation zugelassen hatte. Da nun die unter I und II in's Auge gefaßten Obligationen heutzutage nicht mehr vorkommen; und es an jeder Veranlassung fehlt, das Römische Recht in der hier fraglichen Beziehung auf ähnliche heutige Obligationen zur Anwendung zu bringen: so ergibt sich, daß wir uns in diesem Paragraphen überhaupt mit einer Mahnungswirkung beschäftigt haben, die für das heutige Recht in keiner Weise mehr in Betracht kommt.

---

[86]) fr. 51 pr. A. E. V. 19, 1; fr. 17 de per. et com. 18, 6. Vgl. oben § 64, S. 36.

[87]) Vgl. oben § 64, S. 38, 39.

Wenn aber auch die hier besprochene Mahnungswirkung für das heutige Recht bedeutungslos sein mag, so ist sie doch in rechtsgeschichtlicher Beziehung von hohem Interesse, und muß nach dieser Richtung hin noch etwas näher in's Auge gefaßt werden.

Die Obligationsverlängerung hat also zwei Stadien der Entwicklung durchgemacht. Ursprünglich verwandelte sie eine Obligation auf eine Nichtgeldleistung in eine Obligation auf Geldleistung und umfaßte die Obligatio auf res certa im weitesten Sinne.

Seit Celsus gestattete man dem Schuldner bei Obligationen auf körperliche Sachen nach der Mahnung eine Oblation. Die Obligationsverlängerung gewann hier demzufolge ein wesentlich anderes Ansehen. Sie lief jetzt darauf hinaus, den gemahnten Schuldner für Zufall verantwortlich zu machen. Und erst seitdem die Obligationsverlängerung diese Gestalt angenommen, ist sie von den Römern für tauglich erachtet worden, bei andern Obligationen auf Sachleistungen, als strengrechtlichen, Anwendung zu leiden: was bei den gutgläubigen Obligationen sicher erst nach Pomponius der Fall war [88]), und für Singularfideicommisse erst von Hermogenian, sowie Kaiser Severus Alexander bezeugt wird [89]).

Hingegen bei der Obligation des Freigelassenen auf operam dare hat sich die Obligationsverlängerung in alter Weise erhalten; und es dürfte sich wohl der Mühe verlohnen, den Gründen nachzuforschen, welche die Römer veranlaßten, dem Freigelassenen eine nachträgliche Oblation zu versagen.

In dieser Beziehung sagt uns nun Gajus [90]): aliud enim est de operis, aliud de ceteris rebus. Diese Worte beweisen zunächst, daß auch Gajus für ceterae res der Ansicht des Celsus war, und bei Obligationen auf ceterae res eine nachträgliche Oblation gestattete. Andererseits war diese Unterscheidung zwischen operae und ceterae res erst seit Celsus möglich. Denn so lange Celsus mit seiner Ansicht noch nicht durchgedrungen war, fand in der hier fraglichen Beziehung zwischen operae und ceterae res noch gar kein Unterschied Statt.

Als Grund aber, weshalb es bei operae anders sein müsse, als bei ceterae res, führt Gajus den folgenden an: cum enim operarum

---

88) Siehe oben S. 39.

89) Siehe oben S. 18.

90) fr. 22 pr. de op. lib. 38, 1.

editio nihil aliud sit quam officii praestatio, absurdum est credere alio die deberi officium, quam quo is vellet, cui praestandum est.

Officium dient hier zur Bezeichnung des Unterwürfigkeitsverhältnisses, in welchem sich der Freigelassene dem Patron gegenüber befand, und officii praestatio kann man etwa mit Gehorsamsleistung wiedergeben. Gajus meint also: ein Freigelassener müsse seinem Patron gehorsam sein, und deshalb könne man ihm unmöglich eine Nachholung der angesagten Dienste gestatten.

Und diese Anschauungsweise des Gajus, der operae anders als ceterae res behandelt wissen wollte, lag ganz im Geiste seiner Zeit. Es läßt sich nämlich in Bezug auf das Verhältnis zwischen Freigelassenem und Patron „eine erst niederwärts und dann wieder aufwärts gehende Bewegung verfolgen, indem während der letzten Jahrhunderte der Republik unter dem Einfluß des Prätor eine Milderung des persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses der Freigelassenen angestrebt, in der Kaiserzeit aber wieder der Ueppigkeit und dem Uebermuth derselben durch strenge Vorschriften gesteuert wurde" [91]).

Andererseits scheint aber Julian anderer Meinung gewesen zu sein, als Gajus.

Nach der Lex Julia sollte nämlich die Klage gegen einen Freigelassenen aus einer operarum obligatio ausgeschlossen sein, wenn derselbe zwei Kinder hatte [92]). Nimmt man nun an, wie dies die alte Anschauung war, der Gajus treu bleibt: daß durch Mahnung die Obligation auf die operae sich in eine Obligation auf Geldleistung verwandle, so hätte es nicht mehr in Betracht kommen können, wenn die Geburt des zweiten Kindes nach der Mahnung erfolgte. Gleichwohl will Julian in dieser Beziehung auf den Zeitpunkt der Condemnation gesehen wissen, und begründet seine Ansicht in folgender Weise [93]):

[91]) Kuntze, Institutionen, S. 638. Vgl. ferner Forbiger, Rom im Zeitalter der Antonine, S. 92, 93, 139. Tac. Ann. XIII, 26; Dositheus Hadr. § 3; fr. 1 § 2 de off. praes. urbi 1, 12; fr. 9 § 3 de off. Procons. 1, 16; fr. 21 pr. Q. M. C. 4, 2; fr. 6 § 1 de agnosc. lib. 25, 3; fr. 1 de jure patr. 37, 4.

[92]) fr. 37 pr. de op. lib. 38, 1.

[93]) fr. 37 § 6 de op. lib. 38, 1.

sed si jam operarum nomine condemnatus est, non potest liberari, quoniam jam pecuniam debere coepit.

Also das pecuniam debere begann erst mit der Verurtheilung. Das ist offenbar eine ganz andere Anschauung, als wie sie uns bei Labeo entgegentritt [94]):

et deberi et peti posse partem operae, cum semper praeterita opera, quae jam dari non possit, petatur.

Von Julian wird uns in fr. 91 § 3 V. O. ausdrücklich berichtet, daß er der Ansicht des Celsus gefolgt sei. Julian faßte also diese Ansicht so auf: daß dem gemahnten Schuldner nicht bloß, wo es sich um körperliche Sachen handelte, sondern auch bei operae eine nachträgliche Oblation bis zur Condemnation zu gestatten sei.

Und der Ansicht Julian's muß doch auch wohl Paulus gewesen sein, denn die betreffende Stelle ist dessen Commentar zur Lex Julia et Papia entnommen, wo Paulus den Julian ausschreibt.

Das spätere Recht scheint sich dieser Meinungsverschiedenheit zwischen Gajus einerseits und Julian sowie Paulus andererseits gegenüber so verhalten zu haben: daß es im allgemeinen der Anschauungsweise des Gajus beipflichtete, für den besondern von Julian entschiedenen Fall aber eine Ausnahme machte, und hier Julian folgte. Denn während Kaiser Severus Alexander in c. 6 pr. C. de op. lib. 6, 3 ganz im Geiste des Gajus schreibt:

Nec patronis pro operis mercedem accipere licet, quamvis, si indictae operae praestitae non sint, ad pecuniae exactionem obsequii non praestiti aestimatio convertatur.

fährt er unmittelbar darauf im § 1 so fort:

Qui autem duos filios in potestate, vel diversis temporibus, habuit, lege Julia de maritandis ordinibus obligatione operarum liberatur.

so daß man diese Befreiung durch die lex Julia doch auch wohl auf den Fall beziehen muß, wenn die angesagten Dienste sich in Folge des vom Freigelassenen bewiesenen Ungehorsams in eine Geldleistung verwandelt hatten.

Wie die Verpflichtung des Freigelassenen zu Diensten in früherer Zeit und später von Gajus aufgefaßt wurde, haben Pomponius [95])

---

[94]) fr. 8 pr. eodem.

[95]) fr. 2 de annuis leg. 33, 1.

und African [96]) auch den Fall behandelt: wenn ein Freier, sei es nun in Folge einer Stipulation oder eines Damnationslegates, verpflichtet war, einen Sclaven zu derartigen Diensten herzugeben — obwohl hierfür der Gesichtspunkt der Gehorsamsleistung nicht zutrifft. Das kann indes nicht weiter auffallen. Davon, daß ein Freier einen Sclaven zu Diensten herzugeben hatte, ist in unsern Quellen nur verhältnismäßig selten die Rede; während die Dienste der Freigelassenen bei den Römern von großer Wichtigkeit waren. Was Wunder also, daß die Römischen Rechtsgelehrten das selten Vorkommende gerade so wie das damit verwandte häufig Vorkommende beurtheilten. Handelte es sich doch in beiden Fällen um Dienste. Und für die selten vorkommenden Dienste eine besondere Rechtsnorm aufstellen, hätte nur geheißen: das Recht unnöthig verwickelt machen.

Wie kam aber Pomponius [97]) noch dazu, auf die durch Vermächtnis entstandene Nießbrauchsobligation die Obligationsverlängerung in alter Weise anzuwenden, nachdem bereits Celsus im allgemeinen einer mildern Auffassung Bahn gebrochen hatte? Und zwar scheint Pomponius den betreffenden Rechtssatz erst aufgebracht zu haben, wie dem Umstande zu entnehmen sein dürfte: daß er in beiden Stellen für seine Nießbrauchsobligation ängstlich nach Analogien sucht. In der einen Stelle [98]) vergleicht er den Ablauf der Zeit, für welche der Nießbrauch in Aussicht genommen war, mit dem Untergang einer legirten Sache. In der andern Stelle [99]) stellt er die einzelnen Nießbrauchsjahre mit den einzelnen Dienstleistungen eines Sclaven in Parallele.

Diese Erscheinung erklärt sich einentheils, wie wir gesehen haben, dadurch, daß beide Stellen der vorjulian'schen Zeit angehören, also einer Zeit: wo sich das legatum sinendi modo und das Nießbrauchsvermächtnis ihres incerten Charakters in der hier fraglichen Beziehung noch gar nicht bewußt geworden, also auch zum Interessebegriff noch nicht reif waren. Denn als nur erst Julian hier Bahn gebrochen, und für das legatum sinendi modo den Satz aufgestellt hatte: daß es anlangend Mahnungszinsen und Mahnungsfrüchte hier ebenso gehalten werden müsse, wie bei Fideicommissen — sehen wir auch, wie Pomponius selber für

---

96) fr. 37 de usufr. 7, 1.

97) fr. 2 de ann. leg. 33, 1; fr. 6 de usu et usufr. 33, 2.

98) fr. 6 de usu et usufr. 33, 2.

99) fr. 2 de ann. leg. 33, 1.

das Nießbrauchslegat den Interessebegriff unbedenklich zur Anwendung bringt [100]), wodurch die Wirkung, mit welcher er die Mahnung hier früher bedacht hatte, ihre Erledigung fand.

Wollte man aber andererseits die Mahnung beim Nießbrauchsvermächtnis mit Wirkung versehen, bevor dieses zum Interesseanspruch reif war; so blieb nichts weiter übrig, als auf die Obligationsverlängerung in alter Gestalt zurückzugreifen. Dies hängt mit einer Eigenthümlichkeit der in Frage stehenden Obligation zusammen. Denn bei fruchttragenden Sachen, die auf eine Reihe von Jahren zum Fruchtgenuß bestimmt sind, kann, wie wir gesehen haben, die Leistung schon durch bloße Vorenthaltung der Sache ganz oder theilweise unmöglich werden; so daß also eine nachträgliche Oblation als ausgeschlossen erscheint.

Und wenn endlich noch African in seinen Quästionen [101]) den stipulirten Nießbrauch, anlangend die Mahnungswirkungen, gerade so wie eine operarum obligatio behandelt, so ist diese Erscheinung schon oben ebenfalls durch den Nachweis erklärt, wie es möglich war: daß sich ein legirter Nießbrauch in der hier fraglichen Beziehung seines incerten Charakters eher bewußt wurde, als ein in der Form „spondesne mihi usumfructum dare?“ versprochener.

So ist denn die Obligationsverlängerung in alter Gestalt durch Celsus nur im allgemeinen beseitigt worden. Erhalten hat sie sich noch im spätern Römischen Recht bei der Verpflichtung des Freigelassenen zu Diensten, sowie bei der Verpflichtung, einen Sclaven zu Diensten herzugeben. Ferner haben noch Pomponius und African diese Mahnungswirkung bei der Nießbrauchsobligation zur Anwendung gebraucht, die hier indes schon im Römischen Recht dem Interessebegriff gewichen ist.

§ 87.
Einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung.

Ich knüpfe hier zunächst an das an, was bereits früher [1]) über das Gebiet dieser Mahnungswirkung vorkam. Es sind hier verschiedene Obligationenklassen auseinander zu halten.

---

[100]) fr. 47 de usufr. 7, 1.

[101]) fr. 37 de usufr. 7, 1.

[1]) Bd. I, § 12, S. 102 fgg.

Erstens. Es gibt Obligationen, die durch bloßen Zeitablauf aufgehoben werden, wenn sie nicht bis dahin erfüllt sind. Ich bestelle mir z. B. bei einem Schuster ein Paar Stiefel; es wird ausbedungen: daß die Obligation aufgehoben sein solle, falls die Stiefel nicht Sonntag Nachmittag um 4 Uhr in meinem Hause sind [2]).

Zweitens. Es gibt Obligationen, die bei nichtrechtzeitiger Erfüllung zwar nicht von selber aufgehoben sind, aber vom Gläubiger aufgehoben werden können, ohne daß es einer Kündigung bedarf. Hierher gehören z. B. die Obligationen, mit denen sich Art. 357 des H. G. B. beschäftigt [3]).

Drittens. Es gibt Obligationen, die zwar durch bloßen Zeitablauf noch nicht aufgehoben werden, die aber durch einfache Erklärung, Kündigung des Gläubigers, aufgehoben werden können, wenn sie zu einer mehr oder weniger bestimmten Zeit nicht erfüllt sind. Ich bestelle mir z. B. bei einem Schuster ein Paar Stiefel; es wird ausbedungen: daß ich sie nicht zu nehmen brauche, falls sie nicht Sonntag Nachmittag um vier Uhr in meinem Hause sind [4]).

Dieser dritten Klasse gehören sehr viele Obligationen an. Denn die Obligationen dienen bestimmten öconomischen Zwecken; und deshalb ist die Zeit, wann die Erfüllung erfolgt, keineswegs eine gleichgültige Sache. Es gibt Obligationen, bei denen erwartet wird, daß die Erfüllung in einer mehr oder weniger bestimmten Zeit vor sich gehe; wo es mindestens zweifelhaft erscheint, ob eine zu späte Erfüllung überall noch angebracht ist. Deshalb hat es an sich durchaus nichts Auffallendes: daß eine Verspätung mit der Erfüllung eine Aufhebung der Obligation durch Kündigung zur Folge haben kann [5]).

Eine derartige Kündigungsbefugnis kann man aber einem Gläubiger nach heutigem Recht nur insofern ohne weiteres einräumen: als er sich dieselbe entweder ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen hat. Stillschweigend: z. B. wenn dem Schuldner der bestimmte Zweck, dem die Obligation dienen sollte, bekannt war: man denke an den bestellten Polterabendanzug [6]); ein Wirth bestellt sich eine Quantität Getränke die er während eines bestimmten Volksfestes verschenken wollte [7]); ein

---

[2]) Bd. I, S. 106.
[3]) Bd. I, S. 111.
[4]) Bd. I, S. 106
[5]) Bd. I, S. 104.
[6]) Bd. I, S. 107.
[7]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 11, Nr. 141.

Bauunternehmer bestellt Schwellen für eine bestimmte zu erbauende Eisenbahn [8]); der Verkäufer weiß, daß die leicht dem Verderben ausgesetzte Waare sofort wiederverkauft werden sollte [9]); der Verkäufer weiß, daß mit dem auf Abbruch verkauften Hause ein neues gebaut werden sollte [10]).

Vielleicht möchte man meinen: diese Obligationen gehörten zur ersten Klasse. Allein offenbar muß es hier den Gläubigern freistehen, auch die zu spät angebotene Leistung anzunehmen, und dann liegt Aufhebung der Obligation durch Erfüllung vor: also gehören diese Fälle hierher.

Ferner wird in manchen Fällen hier viel auf die Länge der Zeit ankommen, welche der Schuldner verfließen läßt, ehe er zur Erfüllung schreitet. Wenn z. B. jemand einen einfachen Rock bei einem Schneider zu einem bestimmten Tage bestellt hat, der Schneider den Rock aber eine Woche zu spät liefert, so kann der Gläubiger um deswillen noch nicht den Vertrag kündigen [11]). Dagegen einen Frack, den ich im Jahre 1860 bestellt habe, brauche ich im Jahre 1870 nicht zu nehmen [12]).

Wann ist nun aber in einem Falle der letztern Art so viel Zeit abgelaufen, als erforderlich ist, um dem Gläubiger die Kündigungsbefugnis zu verschaffen? Eine Woche reichte noch nicht aus. Zehn Jahre sind aber vollkommen genügend. Ja, so lange Zeit ist jedenfalls nicht erforderlich. Wo ist indes die Grenze?

Hier ist es nun, wo unsere Mahnung eingreift.

Freilich sieht die Mahnung auf den ersten Blick gar nicht so aus, als ob sie dem Gläubiger eine einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung verschaffen könne. Denn die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten. Wenn nun ein Schuldner eine solche Mahnung nicht beachtet und zu spät die Leistung anbietet; so mag es in der Ordnung sein, daß ihn für diese zu späte Lieferung Nachtheile treffen: man sieht aber nicht ein, was den Gläubiger berechtigen sollte, die Leistung völlig zurückzuweisen.

Die gewöhnliche Mahnung reicht denn auch nicht aus, dem

---

8) Seuffert's Archiv, Bd. 21, Nr. 114.

9) Seuffert's Archiv XI, 232.

10) Seuffert's Archiv, Bd. 24, Nr. 228.

11) Bd. I, S. 107.

12) Bd. I, S. 104. Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. XXI, Nr. 113.

Gläubiger eine einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung zu verschaffen. Die gewöhnliche Mahnung hat für den Schuldner nur die gewöhnlichen Nachtheile zur Folge. Die einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung ist ein außerordentlicher Nachtheil, der besonders angedroht werden muß.

Wir haben früher gefunden [18]): dem gemahnten Schuldner muß so viel Frist eingeräumt werden, als zur Leistung einschließlich etwaiger Vorhandlungen erforderlich ist.

Stellen wir dies mit dem kurz vorher ausgesprochenen Satze zusammen, so erhalten wir folgendes Ergebnis: will ein mahnender Gläubiger zur einseitigen Aufhebung durch Kündigung befugt werden, so muß er dies dem gemahnten Schuldner besonders anzeigen, und ihm daneben noch eine den Umständen angemessene Frist zur Vornahme der Leistung gewähren.

Dabei wird indes vorausgesetzt, daß der Schuldner nicht ausdrücklich erklärt: er werde überhaupt nicht leisten. Denn wo ein Schuldner eine derartige Erklärung von sich gibt, braucht der Gläubiger dieselbe ja nur zu acceptiren, und die Aufhebung der Obligation ist durch einen Aufhebungsvertrag erfolgt.

Mit diesem Ergebnis stimmt das H. G. B. überein, dessen einschlagender Art. 356, so weit er uns hier angeht, so lautet:

„Will ein Contrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Artikel — — von dem Vertrage abgehen, so muß er dies dem andern Contrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren."

Was hier den Zwischensatz „wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt" anbetrifft, so werden wir dabei vorzugsweise an solche Fälle zu denken haben: wo dem Gläubiger ohne weiteres eine Kündigungsbefugnis zusteht, weil er sich dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen hat. Diese Fälle scheiden also, wie nach gemeinem Rechte, so auch nach dem Handelsgesetzbuche aus.

Andererseits werden wir an der vorgängigen Anzeigepflicht im allgemeinen auch für den gemeinrechtlichen Gläubiger um so mehr festzuhalten haben, als dieser in dieser Hinsicht doch unmöglich besser dastehen kann, wie der handelsrechtliche.

---

[18]) Bd. I, S. 503.

War die Frist, welche der Gläubiger dem Schuldner einräumte, den Umständen nicht angemessen, sondern zu kurz; so liegt eine Zuvielforderung in zeitlicher Beziehung vor. Es treten dann die in dieser Hinsicht geltenden Grundsätze ein: wonach eine solche Mahnung weder nichtig ist, noch dem Schuldner seinen Fristanspruch kürzen kann [14]).

Hat übrigens der Gläubiger einmal damit gedroht: er wolle den Vertrag durch Kündigung aufheben; so ist er an seine Erklärung gebunden, und kann nachher nicht wieder Erfüllung beanspruchen [15]).

Und weil es sich hier um eine außerordentliche Wirkung der Mahnung handelt, reicht der Satz dies interpellat pro homine an sich nicht hin, dieselbe hervorzubringen [16]). Dieser Satz bezieht sich an und für sich nur auf die ordentlichen Wirkungen der Mahnung. Soll also, wo eine bestimmte Erfüllungszeit verabredet wird, der Gläubiger bei vergeblichem Ablauf derselben gleichzeitig befugt sein, den Vertrag einseitig aufzuheben, so muß dies besonders, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, ausbedungen werden. Eine solche Nebenverabredung lag aber z. B. in dem in Seuffert's Archiv, Bd. IX, Nr. 139 besprochenen Fall nicht vor, weshalb ich die dort getroffene Entscheidung nicht für richtig halten kann.

Die Aufhebung einer zweiseitigen Obligation durch Kündigung des Gläubigers ist selbst dann noch denkbar, wenn er seinerseits schon erfüllt hat, nur darf die unterbliebene Leistung keine Geldleistung sein [17]).

Immer aber setzt diese einseitige Aufhebungsbefugnis voraus: daß wir es mit Leistungen zu thun haben, denen Gegenleistungen entsprechen. Denn der Sinn dieser Kündigung ist gerade der: daß der Kündigende von der Gegenleistung frei werden will [18]).

So weit waren wir ungefähr schon früher gekommen; und was ich bis dahin über die einseitige Aufhebungsbefugnis des Gläubigers durch Kündigung vorbrachte, war größtentheils Zusammenstellung früherer Ergebnisse. Hier ist nun die rechtliche Natur dieser Mahnungswirkung, als solche, noch näher in's Auge zu fassen. Gilt es doch zunächst noch einem Kampfe um's Dasein.

---

[14]) Vgl. Bd. I, § 53, S. 517.

[15]) Vgl. oben § 70, Anm. 20; Entsch. des R O H G, Bd. III, S 203.

[16]) Vgl. Bd. I, S. 107.

[17]) Bd. I, S. 105.

[18]) Vgl. Bd. I, S. 105, 115. Mommsen a. a. O., S. 257.

Mommsen hat nämlich diese einseitige Aufhebungsbefugnis unter die vermeintlichen Wirkungen der Mahnung gestellt, und seine Auffassung in folgender Weise begründet [19]):

„Wenn der Zweck, welchen der Gläubiger durch den Gegenstand der Obligation erreichen wollte, und den er bei rechtzeitiger Leistung auch hätte erreichen können, durch die Mora des Schuldners vereitelt ist, oder wenn der Gläubiger, durch die Mora des Schuldners veranlaßt, einen andern Weg zur Erreichung des Zwecks eingeschlagen hat, so daß ihm der Gegenstand der Obligation jetzt nutzlos ist, so braucht er die später angebotene Leistung nicht mehr anzunehmen; er hat alsdann das Recht, geradezu auf ein Aequivalent für die Leistung selbst zu klagen. Dieses Aequivalent braucht er sich aber nicht aufdringen zu lassen; der Verkäufer kann z. B. von dem Käufer nicht verlangen, daß er sich in einem Fall der angegebenen Art statt der Leistung der verkauften Sache die Leistung eines Geldäquivalents gefallen lasse. Wenn daher der Gläubiger die Gegenleistung noch nicht beschafft hat, so fehlt es dem Schuldner an einem Mittel, um die Vortheile, welche die Obligation ihm bot, nämlich das Recht auf die Gegenleistung, zu erwerben."

Diese Mommsen'sche Ansicht krankt zunächst daran: daß Mommsen die Mahnung und den Satz dies interpellat pro homine nicht auseinanderhält, was gerade bei der in Frage stehenden Wirkung sehr wesentlich ist. Ferner übersieht Mommsen: daß es sich hier um eine außerordentliche Wirkung der Mahnung handelt, die besonders angedroht sein mußte. Und dann: welche Widersprüche und Künstelei!

Gehen wir von folgendem einfachen Fall aus. Ich habe einen Rock bei einem Schneider bestellt. Derselbe läßt mich fortwährend warten; mir wird die Zeit zu lang, und ich erkläre dem Schneidermeister: wenn jetzt der Rock nicht binnen drei Tagen in meinem Hause sei, könne er ihn nur behalten.

Hier liegt zunächst eine Mahnung mit angemessener Fristbewilligung vor. Für den Fall, daß der Schuldner diese Mahnung nicht beachtet, ist aber gleichzeitig der Vertrag durch Kündigung des Gläubigers aufgehoben.

Statt dessen will Mommsen die Sache so drehen: daß der

---

[19]) a. a. O., S. 257, 258.

Gläubiger, weil er seinen Rock binnen drei Tagen nicht erhielt, die später angebotene Leistung nicht mehr anzunehmen brauche, sondern berechtigt sei, geradezu auf ein Aequivalent für die Leistung selbst zu klagen.

Hier ist mir unklar: warum Mommsen sich nicht mit dem Satze begnügt hat, daß der Gläubiger die Leistung nicht mehr anzunehmen brauche; und daraus die Folgerung gezogen hat, daß der Gläubiger berechtigt sei, den Vertrag aufzuheben?

Man sieht in der That nicht ein: was Mommsen veranlaßt hat, das Geldäquivalent hier einzuschieben.

Mommsen sagt: der Gläubiger braucht die später angebotene Leistung nicht mehr anzunehmen, also Geldäquivalent. Ich sage: also Aufhebung der Obligation; und sollte meinen: daß dieser Weg jedenfalls den Vorzug der Kürze hat.

Ein Geldäquivalent für die Leistung kann größer oder kleiner als die Gegenleistung sein. Setzen wir einmal: es sei größer.

Die Gegenleistung betrage 10, das Mommsen'sche Geldäquivalent 11. Jetzt kann der Gläubiger nach Mommsen zum Schneidermeister sagen: eigentlich beträgt mein Interesseanspruch 11, und dein Anspruch auf die Gegenleistung 10; ich könnte also genau genommen noch einen Thaler zu verlangen; allein ich will diesmal großmüthig sein, wir wollen es nur gegen einander aufgehen lassen.

Dann kämen wir ja wohl auf die Compensation hinaus. Allein die will Mommsen auch wieder nicht haben; denn das Geldäquivalent könnte ja auch möglicherweise kleiner sein. Er meint: wenn der Gläubiger sich das Geldäquivalent nicht aufdringen lassen wolle, dann fehle es dem Schuldner an einem Mittel, um die Vortheile, welche die Obligation ihm bot, nämlich das Recht auf die Gegenleistung, zu erwerben.

Dies ist wieder ganz was Neues. Also das Recht auf die Gegenleistung hatte unser Schneidermeister noch gar nicht. Dies Recht sollte er sich erst durch sein Wohlverhalten erwerben. Ich hatte bisher geglaubt: wenn zwei einen Kauf abschließen, daß dann im Augenblicke des Kaufabschlusses der eine ein Recht auf die Leistung, und der andere ein Recht auf die Gegenleistung erwerbe; und daß, um dies Recht auf Gegenleistung zu erwerben, besonderes Wohlverhalten nicht erst erforderlich sei.

Man setze den Fall, womit Mommsen zufrieden sein wird:

daß Zug um Zug erfüllt werden müsse. Wenn hier die Gegenleistung gefordert wird, ehe die Leistung angeboten wurde; so kann allerdings der wegen der Geldleistung in Anspruch Genommene erwidern: erst biete du mir deinerseits Erfüllung an. Daraus folgt aber doch unmöglich: daß das Recht auf die Gegenleistung erst durch das Anbieten der Leistung erworben werde. Die Sache steht vielmehr so: durch Abschluß des Kaufes erlangte jeder der beiden Vertragschließenden ein Recht auf die Gegenleistung; jeder von ihnen kann aber den andern an Geltendmachung seines Rechtes auf die Gegenleistung dadurch hindern, daß er die derselben entsprechende Leistung verlangt. Es ist doch etwas wesentlich anderes: ob ich ein Recht erst erwerben soll; oder ob ich nur noch nicht in der Lage bin, es geltend zu machen. Wenn ich mir z. B. am 16. März einen Wechsel ausstellen lasse, zahlbar nach 3 Monaten; so habe ich doch schon am 16. März dem Aussteller gegenüber eine Forderung erworben. Ich kann diese Forderung aber vor Ablauf von 3 Monaten nicht geltend machen. Diese beiden Dinge hat Mommsen mit einander verwechselt.

So hat denn die Mommsen'sche Untersuchung folgenden Verlauf genommen. Mommsen geht von einem Falle aus, wo sich Leistung und Gegenleistung einander gegenüberstehen. Er deducirt aber so lange herum, bis ihm das Recht auf die Gegenleistung vollständig abhanden kommt: um als ein Recht, das noch erst erworben werden soll, wieder aufzuerstehen.

Und was hat Mommsen trotz alledem erreicht? Er sagt ja ausdrücklich: der Gläubiger brauche sich das Aequivalent nicht aufdringen zu lassen. Wenn aber der Gegenstand einer Obligation dem Gläubiger nutzlos geworden ist, derselbe sich ein Aequivalent nicht aufdringen zu lassen braucht; so muß derselbe doch dem Schuldner erklären können: ich will jetzt deine Leistung nicht mehr, und behalte meine Gegenleistung. Eine derartige Erklärung ist aber nichts anders, als: einseitige Aufhebung des Vertrages durch Kündigung.

Anders soll sich nach Mommsen die Sache gestalten:

„wenn der Gläubiger die Gegenleistung bereits beschafft hat. Die Gegenleistung als solche kann er nicht zurückverlangen, weil die Obligation selbst ungeachtet der Mora des Schuldners fortwährend wirksam ist. Er wird aber, wenn die Leistung ihm nutzlos geworden ist, — — im Zweifel statt der Leistung des Interesse die Restitution der Gegenleistung verlangen können."

Auch in dieses Verhältnis hat Mommsen sich nicht zu finden gewußt. Allerdings bleibt die Obligation einstweilen von Bestand, obwohl der Schuldner die Mahnung unbeachtet ließ. Allein doch nur so lange, als der Gläubiger nicht von seiner Kündigungsbefugnis Gebrauch macht. Kündigt derselbe, so fällt damit die Obligation zusammen. Und weil die Obligation zusammenfiel, kann auch die Gegenleistung zurückgefordert werden.

Mommsen fährt so fort:

„Auf die angegebene Weise wird dem Effecte nach dasselbe bewirkt, wie wenn der Gläubiger in dem zur Frage stehenden Fall von dem Vertrage zurücktreten könnte; insofern die Gegenleistung noch nicht beschafft ist, kann man auch sagen, daß unter gewissen Umständen durch die Mora des Schuldners ein Recht des Gläubigers, vom Vertrage zurückzutreten, begründet wird; dieses Recht kann man aber nicht als eine besondere Folge der Mora anführen, da die aufgestellten Grundsätze sich vielmehr aus der allgemeinen Natur der gegenseitigen Obligationen und der durch die Mora begründeten Verpflichtuug des Schuldners zur Leistung des Interesse ergeben."

Was nun zunächst die Ausdrucksweise „wird dem Effecte nach dasselbe bewirkt, wie wenn" anbetrifft, so gebe ich auf derartige Wendungen nicht allzuviel. Denn wenn z. B. vermittelst Dampfkraft dem Effecte nach dasselbe bewirkt wird, wie wenn ich von Rostock nach Berlin gereist wäre; so sollte ich meinen: daß ich in Wirklichkeit von Rostock nach Berlin gereist bin.

Aber auch im übrigen sind wir hier schon etwas weiter gekommen. Mommsen spricht doch schon von einem Rechte des Gläubigers, vom Vertrage zurückzutreten. Es soll dieses Recht auch schon eine Folge der Mora sein; er bestreitet nur noch, daß es eine besondere Folge der Mora sei.

Der eine Grund, welchen Mommsen hierfür anführt, läßt sich an sich hören. Denn soweit diese Kündigungsbefugnis eine Folge der durch die Mora begründeten Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Interesse wäre; so weit könnte allerdings von einer besondern Wirkung der Mahnung in dieser Beziehung keine Rede sein, da sich diese Wirkung dem Interesseanspruch unterordnen würde. Obwohl man Mommsen hier entgegenhalten könnte: warum er denn auch nicht den Fruchtanspruch unter die vermeintlichen Wirkungen gestellt

hat? Denn sein Fruchtanspruch ist nichts anders, als ein Interesseanspruch. Ferner bedarf hier die Frage noch einer Prüfung: ob und wie fern es denkbar ist, daß diese Kündigungsbefugnis unter den Interessebegriff falle — worauf ich sogleich bei Besprechung der Windscheid'schen Ansicht, die ebenfalls noch berücksichtigt werden soll, näher eingehen werde.

Dagegen der andere Grund ist mir völlig unverständlich. Denn wenn sich wirklich die in Frage stehende Wirkung aus der allgemeinen Natur der gegenseitigen Obligationen ergeben sollte; so sind wir doch immer nur berechtigt, das Gebiet der Mahnung in dieser Hinsicht auf die gegenseitigen Obligationen zu beschränken. Wir können doch nimmermehr aus solchem Grunde die in Frage stehende Wirkung unter die vermeintlichen stellen.

In einer Anmerkung [20]) läßt sich dann Mommsen weiter so aus:

„Nur insofern könnte man etwa von einem solchen Recht des Gläubigers als einer besonderen Folge der Mora des Schuldners sprechen, als der Gläubiger, wenn sich ihm nach eingetretener Mora des Schuldners die Gelegenheit bietet, den Zweck der Obligation auf anderm Wege zu erreichen, im Zweifel für befugt gehalten werden muß, durch Benutzung dieser Gelegenheit es zu bewirken, daß der Gegenstand der Obligation ihm nutzlos wird, und dann die später vom Schuldner angebotene Leistung zurückzuweisen. Der Grund, weshalb der Gläubiger hier die Leistung zurückweisen kann, besteht aber in Wirklichkeit nicht in einem durch die Mora begründeten Recht, vom Vertrage zurückzutreten, sondern darin, daß die Leistung in Folge der Mora des Schuldners dem Gläubiger nutzlos geworden ist."

Also wenn Schneidermeister A den Gläubiger auf den bestellten Rock zu lange warten läßt; muß der Gläubiger nach Mommsen im Zweifel für befugt gehalten werden, zu bewirken, daß der Gegenstand der Obligation ihm nutzlos wird: er bestellt sich demnach einen Rock beim Schneidermeister B. Wenn nun nachher der Schneidermeister A dem Gläubiger den Rock anbietet, so kann der Gläubiger ihn zurückweisen, denn der Gläubiger hat sich ja nun schon einen Rock bei B bestellt. Gleichwohl, meint Mommsen, handle es sich hier nicht um ein durch die Mora begründetes Recht, vom Vertrage zurück-

---

[20]) a. a. O., S. 258, 259, Anm. 5.

zutreten; der Grund, weshalb der Gläubiger die Leistung zurückweisen könne, bestehe vielmehr darin, daß diese Leistung in Folge der Mora des Schuldners dem Gläubiger nutzlos geworden sei.

Hier haben wir es in der That mit einem Taschenspielerkunststück zu thun. Wer hat denn bewirkt: daß die Leistung dem Gläubiger nutzlos wurde? Niemand anders als der Gläubiger selber. Woraus leitete er seine Befugnis dazu her? Aus der Mora des Schuldners. Und gleichwohl meint Mommsen: daß es sich hier nicht um ein durch die Mora begründetes Recht handle.

Mommsen bemerkt dann weiter: man könne dem Gläubiger dieses Recht nicht ganz allgemein einräumen. Das ist eine andere Frage. Zunächst ist festzustellen: ob wir in dieser einseitigen Aufhebungsbefugnis durch Kündigung eine eigenthümliche Wirkung der Mahnung zu erblicken haben. Mommsen spricht hier nur von einer vermeintlichen Wirkung, allein die von ihm vorgebrachten Gründe wurden nicht als stichhaltig befunden.

Und wenn ferner Mommsen a. a. O., was den Umfang dieser Mahnungswirkung anbetrifft, glaubt: hier mit den Grundsätzen über Dolus und culpa lata ausreichen zu können — so darf man dem unmöglich beipflichten. Denn wenn man mit mir als Vorbedingung dieser einseitigen Aufhebungsbefugnis annimmt: daß der betreffende Nachtheil dem Schuldner besonders angedroht, und ihm eine Frist zur Nachholung des Versäumten eingeräumt sein müsse — so kann hier von einem Dolus, dessen sich ein mit aller Offenheit handelnder Gläubiger schuldig machte, durchaus keine Rede sein.

Windscheid [21]) hat hier folgenden Satz:

> „Man hat ferner gesagt, daß bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners das Recht gewinne, vom Vertrage zurückzutreten. Auch das ist nicht richtig; der Gläubiger hat nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn sie ihm unbrauchbar geworden ist. Mehr läßt sich auch aus l. 24 § 4 D. loc. 19, 2 nicht herleiten."

Windscheid scheint also zu glauben: daß sich die fragliche Kündigungsbefugnis dem Interessebegriff unterordnen lasse. Das ist aber nicht der Fall.

---

[21]) Pandekten, Bd. II, § 280, Anm. 1.

Interesse ist nämlich nach Mommsen[22]):
„die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde."

Legt man diesen Begriff von Interesse zu Grunde, und das geschieht ja auch im wesentlichen von Windscheid[23]), so würde man nur unter der Voraussetzung vom Interessestandpunkt aus die fragliche Kündigungsbefugnis des Gläubigers halten können, wenn die betreffende Leistung für ihn völlig werthlos geworden wäre. Seltene Fälle dieser Art sind denkbar, wo es sich um ein facere handelt[24]); ausgeschlossen wäre aber diese Mahnungswirkung unter dieser Voraussetzung bei allen reinen Sachleistungen. Denn völlig werthlos ist eine Sache erst dann, wenn sie untergegangen. So lange sie nämlich auch nur noch in verschlechtertem Zustande existirt, hat sie wenigstens einen Verkaufswerth. Wir kämen also auf diese Weise für Sachleistungen zu dem Satze: daß der Gläubiger dann berechtigt sei, den Vertrag aufzuheben, wenn die fragliche Sache untergegangen; und zwar müßte ein zufälliger Untergang der Sache den Gläubiger bei rechtzeitiger Erfüllung nicht betroffen haben. Das ist ja aber etwas ganz anderes, als warum es sich hier handelt. Hier haben wir es nicht mit einer für den Gläubiger völlig werthlosen, wenigstens nicht nothwendig, sondern nur mit einer Leistung zu thun, die dem Zwecke nicht mehr entspricht, dem sie von Haus aus dienen sollte. Die Leistung ist nicht absolut unbrauchbar, sie hat für den Gläubiger nur den vollen Werth nicht mehr. Sie ist zwar an sich noch brauchbar, aber nicht für das Geld, das ursprünglich für sie ausbedungen wurde.

Indem man also glaubt, die einseitige Aufhebungsbefugnis des Gläubigers vom Interesse-Standpunkt aus erledigen zu können, nimmt man unbewußt Interesse in einem weitern Sinne, als mit dem wir es hier zu thun haben. Denn, von ganz seltenen Fällen abgesehen, ist die fragliche Leistung dem Gläubiger nicht völlig werthlos, sondern nur weniger werth geworden. Unser Interessebegriff würde also nicht

---

[22]) Interesse, S. 3.
[23]) Pandekten, Bd. II, § 258.
[24]) Ein Beispiel siehe unten § 91 unter 3.

zu einseitiger Aufhebungsbefugnis, sondern zu einer Preisminderung u. dgl. führen.

Daß eine Leistung, die zu spät erfolgt, dem Zwecke nicht mehr entspricht, dem sie ursprünglich dienen sollte: kann entweder in einer Handlungsweise des Gläubigers seinen Grund haben, oder ohne dessen Zuthun eintreten. Fälle der letzten Art werden meistens so liegen: daß gleich bei Eingehung der Obligation ein bestimmt markirter Zweck in's Auge gefaßt wurde, dem die Obligation dienen sollte. Dem Gläubiger wird also hier meistens schon durch stillschweigende Vereinbarung eine einseitige Aufhebungsbefugnis eingeräumt sein. Unter dieser Voraussetzung haben wir es indes gar nicht mit einer Wirkung zu thun, die das Recht unserer Mahnung unmittelbar beilegt, sondern mit einer vertragsmäßigen.

So bleiben denn vorzugsweise solche Fälle zu berücksichtigen, wo eine Handlungsweise des Gläubigers dazwischen tritt: weil die fragliche Leistung nicht rechtzeitig erfolgte, sieht der Gläubiger sich nach einer andern derartigen Leistung um. Und die Frage, um die es sich hier vornämlich handelt, spitzt sich dahin zusammen: wann ist der Gläubiger berechtigt, wenn der Schuldner eine Mahnung unbeachtet läßt, sich die fragliche Leistung anderweitig beschaffen zu lassen?

Dabei ist indes noch eines Zusammenhanges unserer Frage mit dem Interesseanspruche des Gläubigers zu gedenken, freilich eines Zusammenhanges anderer Art, als Mommsen und Windscheid ihn im Sinne haben. Der Interesseanspruch ist ein doppelter: entweder ein Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter oder wegen Nichterfüllung. Die Frage: wann der eine oder der andere Anspruch dem Gläubiger zustehe —, ist nun nicht wieder vom Interessestandpunkte aus zu entscheiden. Denn beides, das eine wie das andere, ist ja Interesse. In dieser Beziehung müssen anderweitige Merkmale aufgesucht werden, wovon unten gehandelt werden soll [25]). Unter Hinweis auf diese künftigen Untersuchungen können wir aber hier schon den Satz aufstellen: jedenfalls soweit der Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat, ist er auch zur einseitigen Aufhebung befugt. Denn einseitige Aufhebungsbefugnis und Schadensersatz wegen Nichterfüllung stehen zu einander im Verhältnis von

---

[25]) Siehe unten § 91.

weniger und mehr, da der gemahnte Schuldner eine etwaige Vermögensdifferenz zu seinen Gunsten sich nicht zu nutze machen darf [26]).

Also soweit man einem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugestehen muß; ist derselbe auch befugt: die Obligation einseitig durch Kündigung aufzuheben. Meines Erachtens muß man aber einem Gläubiger die einseitige Aufhebungsbefugnis in einem weitern Umfange verleihen, als derselbe berechtigt ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren.

In diesem Paragraphen sollen nun die leitenden Gesichtspunkte für die einseitige Aufhebungsbefugnis des Gläubigers aufgestellt werden, unbekümmert darum, ob derselbe gleichzeitig einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat. Die letztere Frage soll uns erst später beschäftigen [27]).

Vielleicht hätte man eine umgekehrte Reihenfolge für angemessener gehalten, denn genau genommen ist die einseitige Aufhebungsbefugnis nur insofern eine specifische Wirkung der Mahnung, als sie sich nicht dem Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unterordnet. Allein wir haben es nur auch in letzterer Beziehung noch nicht mit feststehenden Grundsätzen zu thun, an die wir uns ohne weiteres anlehnen könnten. Mommsen berücksichtigt z. B. den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gar nicht, während er die einseitige Aufhebungsbefugnis doch wenigstens noch unter die vermeintlichen Mahnungswirkungen stellt.

Für beide Mahnungswirkungen sind also die Grundlagen erst aufzusuchen. Und da beide Mahnungswirkungen darauf hinauslaufen: daß wir mit unserer heutigen Erfüllungsklage nicht überall den Bedürfnissen des Lebens gerecht werden können — schien es mir zweckentsprechender, diesen Nachweis zunächst bei der Mahnungswirkung zu führen, die meines Erachtens das weitere Gebiet umfaßt.

Dazu kommt, daß hier eine Verschiedenheit zwischen Römischem und heutigem Recht ebenfalls in weiterem Umfange betrachtet werden muß, die darauf beruht: daß die Römer regelmäßig jede Nichtgeldleistung in ihren Urtheilen in Geld abschätzten, einerlei ob es sich um einen Interesseanspruch handelte, oder nicht; während wir heutzutage bei Nichtgeldleistungen vor allen Dingen auf unsere Erfüllungsklage angewiesen sind, der entsprechend der Schuldner in die Leistung selber verurtheilt wird.

---

[26]) Siehe unten § 90 Nr. 11.

[27]) Vgl. unten § 91.

Dieser Gegensatz zwischen Römischem und heutigem Recht wird freilich in der hier fraglichen Beziehung meistens gänzlich verkannt; mindestens nicht in der Weise hervorgehoben, wie er es verdient. So sagt z. B. Bluntschli [28]):

„Vielmehr folgt zunächst aus dem Kaufvertrage nur, daß der Käufer den Verkäufer zur Lieferung anhalten und für den Schaden, den er um des Verzuges des Verkäufers willen erlitten hat, Ersatz d. h. das Interesse fordern könne. Bei dieser einfachen Schlußfolgerung ist denn auch die römische Jurisprudenz stehen geblieben."

Wie reimt sich aber damit: daß der Verkäufer zu Zeiten der klassischen Römischen Rechtsgelehrten und, wie wir sehen werden, auch noch später [29]) nur in Geld verurtheilt werden konnte? Dieses Räthsel hat Wächter [30]) in folgender Weise zu lösen gesucht:

„Das Recht des Käufers geht an sich blos auf die gehörige Sachleistung; auf diese wird geklagt und dieses Recht wurde auch bei Anstellung der Kaufsklage in judicium deducirt (l. 11 § 1, 2, 8 de A. E. V. Gajus IV, 131). Dabei mußten aber natürlich die älteren Römischen Quellenstellen sagen: wenn der Verkäufer die Sache nicht freiwillig herausgibt, so erlangt am Ende der Käufer von ihm mit seiner Kaufsklage das Interesse (z. B. l. 1 pr. l. 11 § 9 l. 12 de A. E. V.) und nur dieses, weil nach älterem Römischen Recht die Condemnation nur auf Geld gehen konnte. Aber nicht dieses Interesse war das eigentlich Geschuldete (wenn nicht die Obligation aus andern besondern Gründen in eine Obligation auf's Interesse überging); an sich hat der Kläger kein Recht auf's Interesse und kann in der Regel auch nur auf die eigentlich geschuldete Leistung klagen und eben deshalb und nur deshalb konnte der Beklagte noch während des Processes durch Leistung der eigentlichen Schuld, durch Herausgabe der Sache, der Verurtheilung auf's Interesse entgehen."

Dazu heißt es dann in einer Anmerkung 14:

„Von einem Wahlrecht des Klägers kann man gar nicht sprechen. Der Kläger hatte in seiner intentio auf die eigentlich geschuldete Leistung zu klagen z. B. si paret fundum Auli esse, si paret fundum Aulo dari oportere u. s. w. (vgl.

[28]) Blätter für Rechtsanwendung Bd. 17, S. 354.

[29]) Vgl. unten § 91.

[30]) Erörterungen, Bd. II, S. 23, 24.

Gajus IV, § 34, 36, 41, 47, 53, 136) und nur für den Fall, daß es der Beklagte zur condemnatio kommen lassen würde, also die geschuldete Leistung nicht vorher abtrage (auf welches Vorher-abtragen aber nur bei den act. arbitrariis ein ausdrücklicher Vorbescheid erlassen wurde), hatte der Judex auf's Interesse zu erkennen."

Bleiben wir zunächst einmal bei dem zuletzt von Wächter gebrachten Beispiele, der condictio auf res certa, stehen. Hier ging nun die Ansicht der Proculejaner entschieden dahin: daß der Geschworne selbst dann zu verurtheilen habe, wenn der Kläger nach der Litiscontestation zufrieden gestellt war [31]). Und diese Ansicht der Proculejaner wird in alter Zeit für die condictio auf res certa unbestrittene Geltung gehabt haben [32]). Daraus geht aber klar hervor: daß der Kläger, wenigstens nach der Litiscontestation, ursprünglich gar keinen Anspruch auf die Sachleistung mehr hatte, sondern nur noch auf die Geldleistung. Allerdings stellten die Sabinianer den Satz auf: omnia judicia esse absolutoria, wenn nämlich der Kläger noch vor dem Urtheile befriedigt war. Von Haus aus lag indes diese Freisprechungsbefugnis keineswegs in der Instruction des Geschwornen. Und dann folgt daraus, daß der Geschworne eine wirkliche Zufriedenstellung, die vor dem Urtheile erfolgte, zu berücksichtigen hatte, noch keineswegs: daß der Gläubiger, welcher geklagt hatte, die ihm angebotene Sachleistung noch anzunehmen brauchte. Dieser Satz wird sich vielmehr erst später entwickelt haben [33]). Also nicht deshalb, und nur deshalb konnte der Beklagte durch Anbieten der schuldigen Leistung, wie v. Wächter meint, die Verurtheilung abwenden, weil der Kläger in der Regel nur auf die eigentlich geschuldete Leistung klagen kann. Die Römische Anschauung ist vielmehr folgende: obgleich der Gläubiger auch bei Nichtgeldleistungen nur auf Geld klagen kann, ist der Schuldner gleichwohl befugt, durch Anbieten der eigentlich geschuldeten Leistung die Verurtheilung abzuwenden.

Wenn v. Wächter sich für seine Auffassung auf Stellen, wie Gaj. IV, 131 beruft, welche von der Consumption durch Litiscontestation handeln, und erörtern, wie viel consumirt werde; so sieht man kaum ein, was das hier soll. Es handelt sich bei unserer Frage

31) Gaj. IV, 114. Keller, Civilproceß § 67.
32) Siehe oben § 86, S. 333 fgg.
33) Siehe oben S. 73; Kuntze, Excurse, S. 329.

ja nicht um den Umfang, sondern die Beschaffenheit des klägerischen Anspruches, darum: ob wir es mit einem Anspruche auf die Sachleistung selber oder mit einem Anspruche auf ein Geldäquivalent zu thun haben.

Und wenn v. Wächter meint: daß bei den actiones arbitrariae auf das Vorherabtragen der geschuldeten Leistung ein ausdrücklicher Vorbescheid erlassen wurde — so ist auch das nicht genau. Denn in Bezug auf diese heißt es nur in § 31 J. de act. 4, 6:

> in his enim actionibus — — permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satis fieri oporteat.

Es scheint also schon bei Erlaß dieses Vorbescheides ganz vom Ermessen des Richters abgehangen zu haben: ob und wie fern derselbe z. B. die ursprüngliche Nichtgeldleistung noch für ausreichend hielt; ob er es nicht vielmehr für angemessener fand, daß Beklagter den Kläger lediglich in Geld abzufinden habe.

Die Entwicklung, welche das Römische Recht in der hier fraglichen Beziehung genommen hat, ist also folgende gewesen. Der Gläubiger hat bei Nichtgeldleistungen nur einen Anspruch auf Geld, denn das Urtheil lautet nur auf Geld. Dagegen steht es dem Schuldner frei, die Nichtgeldleistung anzubieten, und dadurch eine Verurtheilung abzuwenden. Diese Oblationsbefugnis des Schuldners hat sich auf dem Gebiete der gutgläubigen Obligationen ungestörter ausbilden können, als auf dem der strengrechtlichen. Auf letzterem Gebiete versagte noch zur Zeit Celsus' des Sohnes die herrschende Meinung dem gemahnten Schuldner diese Oblationsbefugnis, und erst Celsus scheint diese Ansicht mit Erfolg angegriffen zu haben [34]). Die Zulässigkeit der Oblation nach der Litiscontestation wird hier von Julian [35]) und African [36]) bezeugt.

War es nun aber nicht ein eigen Ding: der Schuldner hat freie Wahl, ob er die Nichtgeldleistung anbieten oder sich in Geld verurtheilen lassen will, während der Gläubiger nur auf Geld klagen kann? Gewiß finden wir die Entwicklung, welche das Römische Recht

---

[34]) fr. 91 § 3 V. O. 45, 1. Siehe dazu oben § 86, S. 332 fgg.

[35]) fr. 33 § 1 Sol. 46, 3. Vgl. dazu Keller's Litiscontestation, S. 182, 183, Anm. 10.

[36]) fr. 37 Mand. 17, 1. Vgl. dazu oben S. 65.

bei den Obligationen auf Nichtgeldleistungen genommen hat, sehr begreiflich, indem es hier dem Schuldner eine Oblationsbefugnis in weitem Umfange einräumte: denn die Römer werden solche Obligationen auf Nichtgeldleistungen regelmäßig doch deshalb abgeschlossen haben, damit sie in natura erfüllt würden, nicht damit der Gläubiger statt der Nichtgeldleistung ein Geldäquivalent erhalte. Andererseits war aber die Lage eines Römischen Gläubigers, nachdem sich diese Entwicklung vollzogen hatte, wahrlich nicht beneidenswerth. Konnte derselbe doch kaum wissen, woran er nun eigentlich sei.

Ein umfassendes Gegengewicht gegen diese Oblationsbefugnis des Schuldners hat der Römische Gläubiger erst erhalten, als ihm später allgemein die Befugnis beigelegt wurde, aus jeder Obligation mit der condictio certi generalis zu klagen [37]). Andererseits machte sich aber auch schon zu Zeiten der Römischen Rechtsgelehrten hier und da eine Gegenströmung in der Weise bemerkbar, daß man die Oblationsbefugnis des Schuldners einzuengen suchte.

Zunächst konnte man es keinem vorsichtigen Testator verdenken, wenn er seine Verfügungen so traf, daß die Vermächtnisnehmer gegen eine unzeitgemäße Oblation des belasteten Erben hinlänglich geschützt schienen. Und in ähnlicher Weise wird es auch der contrahirende Gläubiger verstanden haben, sich gegen eine unzeitgemäße Oblation des Schuldners zu verklausuliren.

In ersterer Beziehung sollen hier einige Stellen betrachtet werden, welche sich auf die penus legata beziehen. Wenn z. B. ein Testator in dieser Weise seine hinterlassene Wittwe bedacht hatte, so mußte die Frau doch wissen, woran sie war: ob der belastete Erbe ihr die Lebensmittel in Natur zukommen lassen wolle, oder ob sie sich selber darnach umzusehen habe. Penus ist das Griechische *ἄπενος* oder *ἄφενος* von *ἀπό* und *ἔνος* und bedeutet eigentlich Vorrath auf ein Jahr.

Folgende Stellen sind besonders beachtenswerth.

fr. 19 pr. Quando dies leg. 36, 2. — Julianus.

Cum sine praefinitione temporis legatum ita datum fuerit: „uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum dato", unum legatum intellegitur centum et statim peti potest, penoris autem causa

---

[37]) Vgl. unten § 93 a. E. und sonst.

das Nießbrauchslegat den Interessebegriff unbedenklich zur Anwendung bringt [100]), wodurch die Wirkung, mit welcher er die Mahnung hier früher bedacht hatte, ihre Erledigung fand.

Wollte man aber andererseits die Mahnung beim Nießbrauchsvermächtnis mit Wirkung versehen, bevor dieses zum Interessanspruch reif war; so blieb nichts weiter übrig, als auf die Obligationsverlängerung in alter Gestalt zurückzugreifen. Dies hängt mit einer Eigenthümlichkeit der in Frage stehenden Obligation zusammen. Denn bei fruchttragenden Sachen, die auf eine Reihe von Jahren zum Fruchtgenuß bestimmt sind, kann, wie wir gesehen haben, die Leistung schon durch bloße Vorenthaltung der Sache ganz oder theilweise unmöglich werden; so daß also eine nachträgliche Oblation als ausgeschlossen erscheint.

Und wenn endlich noch African in seinen Quästionen [101]) den stipulirten Nießbrauch, anlangend die Mahnungswirkungen, gerade so wie eine operarum obligatio behandelt, so ist diese Erscheinung schon oben ebenfalls durch den Nachweis erklärt, wie es möglich war: daß sich ein legirter Nießbrauch in der hier fraglichen Beziehung seines incerten Charakters eher bewußt wurde, als ein in der Form „spondesne mihi usumfructum dare?" versprochener.

So ist denn die Obligationsverlängerung in alter Gestalt durch Celsus nur im allgemeinen beseitigt worden. Erhalten hat sie sich noch im spätern Römischen Recht bei der Verpflichtung des Freigelassenen zu Diensten, sowie bei der Verpflichtung, einen Sclaven zu Diensten herzugeben. Ferner haben noch Pomponius und African diese Mahnungswirkung bei der Nießbrauchsobligation zur Anwendung gebraucht, die hier indes schon im Römischen Recht dem Interessebegriff gewichen ist.

§ 87.

Einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung.

Ich knüpfe hier zunächst an das an, was bereits früher [1]) über das Gebiet dieser Mahnungswirkung vorkam. Es sind hier verschiedene Obligationenklassen auseinander zu halten.

---

[100]) fr. 47 de usufr. 7, 1.
[101]) fr. 37 de usufr. 7, 1.
[1]) Bd. I, § 12, S. 102 fgg.

Erstens. Es gibt Obligationen, die durch bloßen Zeitablauf aufgehoben werden, wenn sie nicht bis dahin erfüllt sind. Ich bestelle mir z. B. bei einem Schuster ein Paar Stiefel; es wird ausbedungen: daß die Obligation aufgehoben sein solle, falls die Stiefel nicht Sonntag Nachmittag um 4 Uhr in meinem Hause sind [2]).

Zweitens. Es gibt Obligationen, die bei nichtrechtzeitiger Erfüllung zwar nicht von selber aufgehoben sind, aber vom Gläubiger aufgehoben werden können, ohne daß es einer Kündigung bedarf. Hierher gehören z. B. die Obligationen, mit denen sich Art. 357 des H. G. B. beschäftigt [3]).

Drittens. Es gibt Obligationen, die zwar durch bloßen Zeitablauf noch nicht aufgehoben werden, die aber durch einfache Erklärung, Kündigung des Gläubigers, aufgehoben werden können, wenn sie zu einer mehr oder weniger bestimmten Zeit nicht erfüllt sind. Ich bestelle mir z. B. bei einem Schuster ein Paar Stiefel; es wird ausbedungen: daß ich sie nicht zu nehmen brauche, falls sie nicht Sonntag Nachmittag um vier Uhr in meinem Hause sind [4]).

Dieser dritten Klasse gehören sehr viele Obligationen an. Denn die Obligationen dienen bestimmten öconomischen Zwecken; und deshalb ist die Zeit, wann die Erfüllung erfolgt, keineswegs eine gleichgültige Sache. Es gibt Obligationen, bei denen erwartet wird, daß die Erfüllung in einer mehr oder weniger bestimmten Zeit vor sich gehe; wo es mindestens zweifelhaft erscheint, ob eine zu späte Erfüllung überall noch angebracht ist. Deshalb hat es an sich durchaus nichts Auffallendes: daß eine Verspätung mit der Erfüllung eine Aufhebung der Obligation durch Kündigung zur Folge haben kann [5]).

Eine derartige Kündigungsbefugnis kann man aber einem Gläubiger nach heutigem Recht nur insofern ohne weiteres einräumen: als er sich dieselbe entweder ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen hat. Stillschweigend: z. B. wenn dem Schuldner der bestimmte Zweck, dem die Obligation dienen sollte, bekannt war: man denke an den bestellten Polterabendanzug [6]); ein Wirth bestellt sich eine Quantität Getränke, die er während eines bestimmten Volksfestes verschenken wollte [7]); ein

---

[2]) Bd. I, S. 106.
[3]) Bd. I, S. 111.
[4]) Bd. I, S. 106
[5]) Bd. I, S. 104.
[6]) Bd. I, S. 107.
[7]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 11, Nr. 141.

Bauunternehmer bestellt Schwellen für eine bestimmte zu erbauende Eisenbahn [8]; der Verkäufer weiß, daß die leicht dem Verderben ausgesetzte Waare sofort wiederverkauft werden sollte [9]; der Verkäufer weiß, daß mit dem auf Abbruch verkauften Hause ein neues gebaut werden sollte [10].

Vielleicht möchte man meinen: diese Obligationen gehörten zur ersten Klasse. Allein offenbar muß es hier den Gläubigern freistehen, auch die zu spät angebotene Leistung anzunehmen, und dann liegt Aufhebung der Obligation durch Erfüllung vor: also gehören diese Fälle hierher.

Ferner wird in manchen Fällen hier viel auf die Länge der Zeit ankommen, welche der Schuldner verfließen läßt, ehe er zur Erfüllung schreitet. Wenn z. B. jemand einen einfachen Rock bei einem Schneider zu einem bestimmten Tage bestellt hat, der Schneider den Rock aber eine Woche zu spät liefert, so kann der Gläubiger um deswillen noch nicht den Vertrag kündigen [11]. Dagegen einen Frack, den ich im Jahre 1860 bestellt habe, brauche ich im Jahre 1870 nicht zu nehmen [12].

Wann ist nun aber in einem Falle der letztern Art so viel Zeit abgelaufen, als erforderlich ist, um dem Gläubiger die Kündigungsbefugnis zu verschaffen? Eine Woche reichte noch nicht aus. Zehn Jahre sind aber vollkommen genügend. Ja, so lange Zeit ist jedenfalls nicht erforderlich. Wo ist indes die Grenze?

Hier ist es nun, wo unsere Mahnung eingreift.

Freilich sieht die Mahnung auf den ersten Blick gar nicht so aus, als ob sie dem Gläubiger eine einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung verschaffen könne. Denn die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten. Wenn nun ein Schuldner eine solche Mahnung nicht beachtet und zu spät die Leistung anbietet; so mag es in der Ordnung sein, daß ihn für diese zu späte Lieferung Nachtheile treffen: man sieht aber nicht ein, was den Gläubiger berechtigen sollte, die Leistung völlig zurückzuweisen.

Die gewöhnliche Mahnung reicht denn auch nicht aus, dem

---

8) Seuffert's Archiv, Bd. 21, Nr. 114.

9) Seuffert's Archiv XI, 232.

10) Seuffert's Archiv, Bd. 24, Nr. 228.

11) Bd. I, S. 107.

12) Bd. I, S. 104. Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. XXI, Nr. 113.

Gläubiger eine einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung zu verschaffen. Die gewöhnliche Mahnung hat für den Schuldner nur die gewöhnlichen Nachtheile zur Folge. Die einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung ist ein außerordentlicher Nachtheil, der besonders angedroht werden muß.

Wir haben früher gefunden [13]): dem gemahnten Schuldner muß so viel Frist eingeräumt werden, als zur Leistung einschließlich etwaiger Vorhandlungen erforderlich ist.

Stellen wir dies mit dem kurz vorher ausgesprochenen Satze zusammen, so erhalten wir folgendes Ergebnis: will ein mahnender Gläubiger zur einseitigen Aufhebung durch Kündigung befugt werden, so muß er dies dem gemahnten Schuldner besonders anzeigen, und ihm daneben noch eine den Umständen angemessene Frist zur Vornahme der Leistung gewähren.

Dabei wird indes vorausgesetzt, daß der Schuldner nicht ausdrücklich erklärt: er werde überhaupt nicht leisten. Denn wo ein Schuldner eine derartige Erklärung von sich gibt, braucht der Gläubiger dieselbe ja nur zu acceptiren, und die Aufhebung der Obligation ist durch einen Aufhebungsvertrag erfolgt.

Mit diesem Ergebnis stimmt das H. G. B. überein, dessen einschlagender Art. 356, so weit er uns hier angeht, so lautet:

„Will ein Contrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Artikel — — von dem Vertrage abgehen, so muß er dies dem andern Contrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren."

Was hier den Zwischensatz „wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt" anbetrifft, so werden wir dabei vorzugsweise an solche Fälle zu denken haben: wo dem Gläubiger ohne weiteres eine Kündigungsbefugnis zusteht, weil er sich dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen hat. Diese Fälle scheiden also, wie nach gemeinem Rechte, so auch nach dem Handelsgesetzbuche aus.

Andererseits werden wir an der vorgängigen Anzeigepflicht im allgemeinen auch für den gemeinrechtlichen Gläubiger um so mehr festzuhalten haben, als dieser in dieser Hinsicht doch unmöglich besser dastehen kann, wie der handelsrechtliche.

---

[13]) Bd. I, S. 503.

War die Frist, welche der Gläubiger dem Schuldner einräumte, den Umständen nicht angemessen, sondern zu kurz; so liegt eine Zuvielforderung in zeitlicher Beziehung vor. Es treten dann die in dieser Hinsicht geltenden Grundsätze ein: wonach eine solche Mahnung weder nichtig ist, noch dem Schuldner seinen Fristanspruch kürzen kann [14]).

Hat übrigens der Gläubiger einmal damit gedroht: er wolle den Vertrag durch Kündigung aufheben; so ist er an seine Erklärung gebunden, und kann nachher nicht wieder Erfüllung beanspruchen [15]).

Und weil es sich hier um eine außerordentliche Wirkung der Mahnung handelt, reicht der Satz dies interpellat pro homine an sich nicht hin, dieselbe hervorzubringen [16]). Dieser Satz bezieht sich an und für sich nur auf die ordentlichen Wirkungen der Mahnung. Soll also, wo eine bestimmte Erfüllungszeit verabredet wird, der Gläubiger bei vergeblichem Ablauf derselben gleichzeitig befugt sein, den Vertrag einseitig aufzuheben, so muß dies besonders, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, ausbedungen werden. Eine solche Nebenverabredung lag aber z. B. in dem in Seuffert's Archiv, Bd. IX, Nr. 139 besprochenen Fall nicht vor, weshalb ich die dort getroffene Entscheidung nicht für richtig halten kann.

Die Aufhebung einer zweiseitigen Obligation durch Kündigung des Gläubigers ist selbst dann noch denkbar, wenn er seinerseits schon erfüllt hat, nur darf die unterbliebene Leistung keine Geldleistung sein [17]).

Immer aber setzt diese einseitige Aufhebungsbefugnis voraus: daß wir es mit Leistungen zu thun haben, denen Gegenleistungen entsprechen. Denn der Sinn dieser Kündigung ist gerade der: daß der Kündigende von der Gegenleistung frei werden will [18]).

So weit waren wir ungefähr schon früher gekommen; und was ich bis dahin über die einseitige Aufhebungsbefugnis des Gläubigers durch Kündigung vorbrachte, war größtentheils Zusammenstellung früherer Ergebnisse. Hier ist nun die rechtliche Natur dieser Mahnungswirkung, als solche, noch näher in's Auge zu fassen. Gilt es doch zunächst noch einem Kampfe um's Dasein.

---

[14]) Vgl. Bd. I, § 53, S. 517.

[15]) Vgl. oben § 70, Anm. 20; Entsch. des R O H G, Bd. III, S 203.

[16]) Vgl. Bd. I, S. 107.

[17]) Bd. I, S. 105.

[18]) Vgl. Bd. I, S. 105, 115. Mommsen a. a. O., S. 257.

Mommsen hat nämlich diese einseitige Aufhebungsbefugnis unter die vermeintlichen Wirkungen der Mahnung gestellt, und seine Auffassung in folgender Weise begründet[19]):

„Wenn der Zweck, welchen der Gläubiger durch den Gegenstand der Obligation erreichen wollte, und den er bei rechtzeitiger Leistung auch hätte erreichen können, durch die Mora des Schuldners vereitelt ist, oder wenn der Gläubiger, durch die Mora des Schuldners veranlaßt, einen andern Weg zur Erreichung des Zwecks eingeschlagen hat, so daß ihm der Gegenstand der Obligation jetzt nutzlos ist, so braucht er die später angebotene Leistung nicht mehr anzunehmen; er hat alsdann das Recht, geradezu auf ein Aequivalent für die Leistung selbst zu klagen. Dieses Aequivalent braucht er sich aber nicht aufdringen zu lassen; der Verkäufer kann z. B. von dem Käufer nicht verlangen, daß er sich in einem Fall der angegebenen Art statt der Leistung der verkauften Sache die Leistung eines Geldäquivalents gefallen lasse. Wenn daher der Gläubiger die Gegenleistung noch nicht beschafft hat, so fehlt es dem Schuldner an einem Mittel, um die Vortheile, welche die Obligation ihm bot, nämlich das Recht auf die Gegenleistung, zu erwerben."

Diese Mommsen'sche Ansicht krankt zunächst daran: daß Mommsen die Mahnung und den Satz dies interpellat pro homine nicht auseinanderhält, was gerade bei der in Frage stehenden Wirkung sehr wesentlich ist. Ferner übersieht Mommsen: daß es sich hier um eine außerordentliche Wirkung der Mahnung handelt, die besonders angedroht sein mußte. Und dann: welche Widersprüche und Künstelei!

Gehen wir von folgendem einfachen Fall aus. Ich habe einen Rock bei einem Schneider bestellt. Derselbe läßt mich fortwährend warten; mir wird die Zeit zu lang, und ich erkläre dem Schneidermeister: wenn jetzt der Rock nicht binnen drei Tagen in meinem Hause sei, könne er ihn nur behalten.

Hier liegt zunächst eine Mahnung mit angemessener Fristbewilligung vor. Für den Fall, daß der Schuldner diese Mahnung nicht beachtet, ist aber gleichzeitig der Vertrag durch Kündigung des Gläubigers aufgehoben.

Statt dessen will Mommsen die Sache so drehen: daß der

---

19) a. a. O., S. 257, 258.

Gläubiger, weil er seinen Rock binnen drei Tagen nicht erhielt, die später angebotene Leistung nicht mehr anzunehmen brauche, sondern berechtigt sei, geradezu auf ein Aequivalent für die Leistung selbst zu klagen.

Hier ist mir unklar: warum Mommsen sich nicht mit dem Satze begnügt hat, daß der Gläubiger die Leistung nicht mehr anzunehmen brauche; und daraus die Folgerung gezogen hat, daß der Gläubiger berechtigt sei, den Vertrag aufzuheben?

Man sieht in der That nicht ein: was Mommsen veranlaßt hat, das Geldäquivalent hier einzuschieben.

Mommsen sagt: der Gläubiger braucht die später angebotene Leistung nicht mehr anzunehmen, also Geldäquivalent. Ich sage: also Aufhebung der Obligation; und sollte meinen: daß dieser Weg jedenfalls den Vorzug der Kürze hat.

Ein Geldäquivalent für die Leistung kann größer oder kleiner als die Gegenleistung sein. Setzen wir einmal: es sei größer.

Die Gegenleistung betrage 10, das Mommsen'sche Geldäquivalent 11. Jetzt kann der Gläubiger nach Mommsen zum Schneidermeister sagen: eigentlich beträgt mein Interesseanspruch 11, und dein Anspruch auf die Gegenleistung 10; ich könnte also genau genommen noch einen Thaler zu verlangen; allein ich will diesmal großmüthig sein, wir wollen es nur gegen einander aufgehen lassen.

Dann kämen wir ja wohl auf die Compensation hinaus. Allein die will Mommsen auch wieder nicht haben; denn das Geldäquivalent könnte ja auch möglicherweise kleiner sein. Er meint: wenn der Gläubiger sich das Geldäquivalent nicht aufdringen lassen wolle, dann fehle es dem Schuldner an einem Mittel, um die Vortheile, welche die Obligation ihm bot, nämlich das Recht auf die Gegenleistung, zu erwerben.

Dies ist wieder ganz was Neues. Also das Recht auf die Gegenleistung hatte unser Schneidermeister noch gar nicht. Dies Recht sollte er sich erst durch sein Wohlverhalten erwerben. Ich hatte bisher geglaubt: wenn zwei einen Kauf abschließen, daß dann im Augenblicke des Kaufabschlusses der eine ein Recht auf die Leistung, und der andere ein Recht auf die Gegenleistung erwerbe; und daß, um dies Recht auf Gegenleistung zu erwerben, besonderes Wohlverhalten nicht erst erforderlich sei.

Man setze den Fall, womit Mommsen zufrieden sein wird:

daß Zug um Zug erfüllt werden müsse. Wenn hier die Gegenleistung gefordert wird, ehe die Leistung angeboten wurde; so kann allerdings der wegen der Geldleistung in Anspruch Genommene erwidern: erst biete du mir deinerseits Erfüllung an. Daraus folgt aber doch unmöglich: daß das Recht auf die Gegenleistung erst durch das Anbieten der Leistung erworben werde. Die Sache steht vielmehr so: durch Abschluß des Kaufes erlangte jeder der beiden Vertragschließenden ein Recht auf die Gegenleistung; jeder von ihnen kann aber den andern an Geltendmachung seines Rechtes auf die Gegenleistung dadurch hindern, daß er die derselben entsprechende Leistung verlangt. Es ist doch etwas wesentlich anderes: ob ich ein Recht erst erwerben soll; oder ob ich nur noch nicht in der Lage bin, es geltend zu machen. Wenn ich mir z. B. am 16. März einen Wechsel ausstellen lasse, zahlbar nach 3 Monaten; so habe ich doch schon am 16. März dem Aussteller gegenüber eine Forderung erworben. Ich kann diese Forderung aber vor Ablauf von 3 Monaten nicht geltend machen. Diese beiden Dinge hat Mommsen mit einander verwechselt.

So hat denn die Mommsen'sche Untersuchung folgenden Verlauf genommen. Mommsen geht von einem Falle aus, wo sich Leistung und Gegenleistung einander gegenüberstehen. Er deducirt aber so lange herum, bis ihm das Recht auf die Gegenleistung vollständig abhanden kommt: um als ein Recht, das noch erst erworben werden soll, wieder aufzuerstehen.

Und was hat Mommsen trotz alledem erreicht? Er sagt ja ausdrücklich: der Gläubiger brauche sich das Aequivalent nicht aufdringen zu lassen. Wenn aber der Gegenstand einer Obligation dem Gläubiger nutzlos geworden ist, derselbe sich ein Aequivalent nicht aufdringen zu lassen braucht; so muß derselbe doch dem Schuldner erklären können: ich will jetzt deine Leistung nicht mehr, und behalte meine Gegenleistung. Eine derartige Erklärung ist aber nichts anders, als: einseitige Aufhebung des Vertrages durch Kündigung.

Anders soll sich nach Mommsen die Sache gestalten:

„wenn der Gläubiger die Gegenleistung bereits beschafft hat. Die Gegenleistung als solche kann er nicht zurückverlangen, weil die Obligation selbst ungeachtet der Mora des Schuldners fortwährend wirksam ist. Er wird aber, wenn die Leistung ihm nutzlos geworden ist, — — im Zweifel statt der Leistung des Interesse die Restitution der Gegenleistung verlangen können."

Auch in dieses Verhältnis hat Mommsen sich nicht zu finden gewußt. Allerdings bleibt die Obligation einstweilen von Bestand, obwohl der Schuldner die Mahnung unbeachtet ließ. Allein doch nur so lange, als der Gläubiger nicht von seiner Kündigungsbefugnis Gebrauch macht. Kündigt derselbe, so fällt damit die Obligation zusammen. Und weil die Obligation zusammenfiel, kann auch die Gegenleistung zurückgefordert werden.

Mommsen fährt so fort:

„Auf die angegebene Weise wird dem Effecte nach dasselbe bewirkt, wie wenn der Gläubiger in dem zur Frage stehenden Fall von dem Vertrage zurücktreten könnte; insofern die Gegenleistung noch nicht beschafft ist, kann man auch sagen, daß unter gewissen Umständen durch die Mora des Schuldners ein Recht des Gläubigers, vom Vertrage zurückzutreten, begründet wird; dieses Recht kann man aber nicht als eine besondere Folge der Mora anführen, da die aufgestellten Grundsätze sich vielmehr aus der allgemeinen Natur der gegenseitigen Obligationen und der durch die Mora begründeten Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Interesse ergeben."

Was nun zunächst die Ausdrucksweise „wird dem Effecte nach dasselbe bewirkt, wie wenn" anbetrifft, so gebe ich auf derartige Wendungen nicht allzuviel. Denn wenn z. B. vermittelst Dampfkraft dem Effecte nach dasselbe bewirkt wird, wie wenn ich von Rostock nach Berlin gereist wäre; so sollte ich meinen: daß ich in Wirklichkeit von Rostock nach Berlin gereist bin.

Aber auch im übrigen sind wir hier schon etwas weiter gekommen. Mommsen spricht doch schon von einem Rechte des Gläubigers, vom Vertrage zurückzutreten. Es soll dieses Recht auch schon eine Folge der Mora sein; er bestreitet nur noch, daß es eine besondere Folge der Mora sei.

Der eine Grund, welchen Mommsen hierfür anführt, läßt sich an sich hören. Denn soweit diese Kündigungsbefugnis eine Folge der durch die Mora begründeten Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Interesse wäre; so weit könnte allerdings von einer besondern Wirkung der Mahnung in dieser Beziehung keine Rede sein, da sich diese Wirkung dem Interesseanspruch unterordnen würde. Obwohl man Mommsen hier entgegenhalten könnte: warum er denn auch nicht den Fruchtanspruch unter die vermeintlichen Wirkungen gestellt

hat? Denn sein Fruchtanspruch ist nichts anders, als ein Interesse-anspruch. Ferner bedarf hier die Frage noch einer Prüfung: ob und wie fern es denkbar ist, daß diese Kündigungsbefugnis unter den Interessebegriff falle — worauf ich sogleich bei Besprechung der Windscheid'schen Ansicht, die ebenfalls noch berücksichtigt werden soll, näher eingehen werde.

Dagegen der andere Grund ist mir völlig unverständlich. Denn wenn sich wirklich die in Frage stehende Wirkung aus der allgemeinen Natur der gegenseitigen Obligationen ergeben sollte; so sind wir doch immer nur berechtigt, das Gebiet der Mahnung in dieser Hinsicht auf die gegenseitigen Obligationen zu beschränken. Wir können doch nimmermehr aus solchem Grunde die in Frage stehende Wirkung unter die vermeintlichen stellen.

In einer Anmerkung [20]) läßt sich dann Mommsen weiter so aus:

„Nur insofern könnte man etwa von einem solchen Recht des Gläubigers als einer besonderen Folge der Mora des Schuldners sprechen, als der Gläubiger, wenn sich ihm nach eingetretener Mora des Schuldners die Gelegenheit bietet, den Zweck der Obligation auf anderm Wege zu erreichen, im Zweifel für befugt gehalten werden muß, durch Benutzung dieser Gelegenheit es zu bewirken, daß der Gegenstand der Obligation ihm nutzlos wird, und dann die später vom Schuldner angebotene Leistung zurückzuweisen. Der Grund, weshalb der Gläubiger hier die Leistung zurückweisen kann, besteht aber in Wirklichkeit nicht in einem durch die Mora begründeten Recht, vom Vertrage zurückzutreten, sondern darin, daß die Leistung in Folge der Mora des Schuldners dem Gläubiger nutzlos geworden ist."

Also wenn Schneidermeister A den Gläubiger auf den bestellten Rock zu lange warten läßt; muß der Gläubiger nach Mommsen im Zweifel für befugt gehalten werden, zu bewirken, daß der Gegenstand der Obligation ihm nutzlos wird: er bestellt sich demnach einen Rock beim Schneidermeister B. Wenn nun nachher der Schneidermeister A dem Gläubiger den Rock anbietet, so kann der Gläubiger ihn zurückweisen, denn der Gläubiger hat sich ja nun schon einen Rock bei B bestellt. Gleichwohl, meint Mommsen, handle es sich hier nicht um ein durch die Mora begründetes Recht, vom Vertrage zurück-

---

[20]) a. a. O., S. 258, 259, Anm. 5.

zutreten; der Grund, weshalb der Gläubiger die Leistung zurückweisen könne, bestehe vielmehr darin, daß diese Leistung in Folge der Mora des Schuldners dem Gläubiger nutzlos geworden sei.

Hier haben wir es in der That mit einem Taschenspielerkunststück zu thun. Wer hat denn bewirkt: daß die Leistung dem Gläubiger nutzlos wurde? Niemand anders als der Gläubiger selber. Woraus leitete er seine Befugnis dazu her? Aus der Mora des Schuldners. Und gleichwohl meint Mommsen: daß es sich hier nicht um ein durch die Mora begründetes Recht handle.

Mommsen bemerkt dann weiter: man könne dem Gläubiger dieses Recht nicht ganz allgemein einräumen. Das ist eine andere Frage. Zunächst ist festzustellen: ob wir in dieser einseitigen Aufhebungsbefugnis durch Kündigung eine eigenthümliche Wirkung der Mahnung zu erblicken haben. Mommsen spricht hier nur von einer vermeintlichen Wirkung, allein die von ihm vorgebrachten Gründe wurden nicht als stichhaltig befunden.

Und wenn ferner Mommsen a. a. O., was den Umfang dieser Mahnungswirkung anbetrifft, glaubt: hier mit den Grundsätzen über Dolus und culpa lata ausreichen zu können — so darf man dem unmöglich beipflichten. Denn wenn man mit mir als Vorbedingung dieser einseitigen Aufhebungsbefugnis annimmt: daß der betreffende Nachtheil dem Schuldner besonders angedroht, und ihm eine Frist zur Nachholung des Versäumten eingeräumt sein müsse — so kann hier von einem Dolus, dessen sich ein mit aller Offenheit handelnder Gläubiger schuldig machte, durchaus keine Rede sein.

Windscheid [21]) hat hier folgenden Satz:

„Man hat ferner gesagt, daß bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners das Recht gewinne, vom Vertrage zurückzutreten. Auch das ist nicht richtig; der Gläubiger hat nur das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn sie ihm unbrauchbar geworden ist. Mehr läßt sich auch aus l. 24 § 4 D. loc. 19, 2 nicht herleiten."

Windscheid scheint also zu glauben: daß sich die fragliche Kündigungsbefugnis dem Interessebegriff unterordnen lasse. Das ist aber nicht der Fall.

---

[21]) Pandekten, Bd. II, § 280, Anm. 1.

Interesse ist nämlich nach Mommsen[22]):

„die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde.“

Legt man diesen Begriff von Interesse zu Grunde, und das geschieht ja auch im wesentlichen von Windscheid[23]), so würde man nur unter der Voraussetzung vom Interessestandpunkt aus die fragliche Kündigungsbefugnis des Gläubigers halten können, wenn die betreffende Leistung für ihn völlig werthlos geworden wäre. Seltene Fälle dieser Art sind denkbar, wo es sich um ein facere handelt[24]); ausgeschlossen wäre aber diese Mahnungswirkung unter dieser Voraussetzung bei allen reinen Sachleistungen. Denn völlig werthlos ist eine Sache erst dann, wenn sie untergegangen. So lange sie nämlich auch nur noch in verschlechtertem Zustande existirt, hat sie wenigstens einen Verkaufswerth. Wir kämen also auf diese Weise für Sachleistungen zu dem Satze: daß der Gläubiger dann berechtigt sei, den Vertrag aufzuheben, wenn die fragliche Sache untergegangen; und zwar müßte ein zufälliger Untergang der Sache den Gläubiger bei rechtzeitiger Erfüllung nicht betroffen haben. Das ist ja aber etwas ganz anderes, als warum es sich hier handelt. Hier haben wir es nicht mit einer für den Gläubiger völlig werthlosen, wenigstens nicht nothwendig, sondern nur mit einer Leistung zu thun, die dem Zwecke nicht mehr entspricht, dem sie von Haus aus dienen sollte. Die Leistung ist nicht absolut unbrauchbar, sie hat für den Gläubiger nur den vollen Werth nicht mehr. Sie ist zwar an sich noch brauchbar, aber nicht für das Geld, das ursprünglich für sie ausbedungen wurde.

Indem man also glaubt, die einseitige Aufhebungsbefugnis des Gläubigers vom Interesse-Standpunkt aus erledigen zu können, nimmt man unbewußt Interesse in einem weitern Sinne, als mit dem wir es hier zu thun haben. Denn, von ganz seltenen Fällen abgesehen, ist die fragliche Leistung dem Gläubiger nicht völlig werthlos, sondern nur weniger werth geworden. Unser Interessebegriff würde also nicht

---

22) Interesse, S. 3.

23) Pandekten, Bd. II, § 258.

24) Ein Beispiel siehe unten § 91 unter 3.

zu einseitiger Aufhebungsbefugnis, sondern zu einer Preisminderung u. dgl. führen.

Daß eine Leistung, die zu spät erfolgt, dem Zwecke nicht mehr entspricht, dem sie ursprünglich dienen sollte: kann entweder in einer Handlungsweise des Gläubigers seinen Grund haben, oder ohne dessen Zuthun eintreten. Fälle der letzten Art werden meistens so liegen: daß gleich bei Eingehung der Obligation ein bestimmt markirter Zweck in's Auge gefaßt wurde, dem die Obligation dienen sollte. Dem Gläubiger wird also hier meistens schon durch stillschweigende Vereinbarung eine einseitige Aufhebungsbefugnis eingeräumt sein. Unter dieser Voraussetzung haben wir es indes gar nicht mit einer Wirkung zu thun, die das Recht unserer Mahnung unmittelbar beilegt, sondern mit einer vertragsmäßigen.

So bleiben denn vorzugsweise solche Fälle zu berücksichtigen, wo eine Handlungsweise des Gläubigers dazwischen tritt: weil die fragliche Leistung nicht rechtzeitig erfolgte, sieht der Gläubiger sich nach einer andern derartigen Leistung um. Und die Frage, um die es sich hier vornämlich handelt, spitzt sich dahin zusammen: wann ist der Gläubiger berechtigt, wenn der Schuldner eine Mahnung unbeachtet läßt, sich die fragliche Leistung anderweitig beschaffen zu lassen?

Dabei ist indes noch eines Zusammenhanges unserer Frage mit dem Interesseanspruche des Gläubigers zu gedenken, freilich eines Zusammenhanges anderer Art, als Mommsen und Windscheid ihn im Sinne haben. Der Interesseanspruch ist ein doppelter: entweder ein Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter oder wegen Nichterfüllung. Die Frage: wann der eine oder der andere Anspruch dem Gläubiger zustehe —, ist nun nicht wieder vom Interessestandpunkte aus zu entscheiden. Denn beides, das eine wie das andere, ist ja Interesse. In dieser Beziehung müssen anderweitige Merkmale aufgesucht werden, wovon unten gehandelt werden soll [25]). Unter Hinweis auf diese künftigen Untersuchungen können wir aber hier schon den Satz aufstellen: jedenfalls soweit der Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat, ist er auch zur einseitigen Aufhebung befugt. Denn einseitige Aufhebungsbefugnis und Schadensersatz wegen Nichterfüllung stehen zu einander im Verhältnis von

---

[25]) Siehe unten § 91.

weniger und mehr, da der gemahnte Schuldner eine etwaige Vermögensdifferenz zu seinen Gunsten sich nicht zu nutze machen darf [26]). Also soweit man einem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugestehen muß; ist derselbe auch befugt: die Obligation einseitig durch Kündigung aufzuheben. Meines Erachtens muß man aber einem Gläubiger die einseitige Aufhebungsbefugnis in einem weitern Umfange verleihen, als derselbe berechtigt ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren.

In diesem Paragraphen sollen nun die leitenden Gesichtspunkte für die einseitige Aufhebungsbefugnis des Gläubigers aufgestellt werden, unbekümmert darum, ob derselbe gleichzeitig einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat. Die letztere Frage soll uns erst später beschäftigen [27]).

Vielleicht hätte man eine umgekehrte Reihenfolge für angemessener gehalten, denn genau genommen ist die einseitige Aufhebungsbefugnis nur insofern eine specifische Wirkung der Mahnung, als sie sich nicht dem Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unterordnet. Allein wir haben es nur auch in letzterer Beziehung noch nicht mit feststehenden Grundsätzen zu thun, an die wir uns ohne weiteres anlehnen könnten. Mommsen berücksichtigt z. B. den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gar nicht, während er die einseitige Aufhebungsbefugnis doch wenigstens noch unter die vermeintlichen Mahnungswirkungen stellt.

Für beide Mahnungswirkungen sind also die Grundlagen erst aufzusuchen. Und da beide Mahnungswirkungen darauf hinauslaufen: daß wir mit unserer heutigen Erfüllungsklage nicht überall den Bedürfnissen des Lebens gerecht werden können — schien es mir zweckentsprechender, diesen Nachweis zunächst bei der Mahnungswirkung zu führen, die meines Erachtens das weitere Gebiet umfaßt.

Dazu kommt, daß hier eine Verschiedenheit zwischen Römischem und heutigem Recht ebenfalls in weiterem Umfange betrachtet werden muß, die darauf beruht: daß die Römer regelmäßig jede Nichtgeldleistung in ihren Urtheilen in Geld abschätzten, einerlei ob es sich um einen Interesseanspruch handelte, oder nicht; während wir heutzutage bei Nichtgeldleistungen vor allen Dingen auf unsere Erfüllungsklage angewiesen sind, der entsprechend der Schuldner in die Leistung selber verurtheilt wird.

[26]) Siehe unten § 90 Nr. 11.
[27]) Vgl. unten § 91.

Dieser Gegensatz zwischen Römischem und heutigem Recht wird freilich in der hier fraglichen Beziehung meistens gänzlich verkannt; mindestens nicht in der Weise hervorgehoben, wie er es verdient. So sagt z. B. Bluntschli [28]):

„Vielmehr folgt zunächst aus dem Kaufvertrage nur, daß der Käufer den Verkäufer zur Lieferung anhalten und für den Schaden, den er um des Verzuges des Verkäufers willen erlitten hat, Ersatz d. h. das Interesse fordern könne. Bei dieser einfachen Schlußfolgerung ist denn auch die römische Jurisprudenz stehen geblieben."

Wie reimt sich aber damit: daß der Verkäufer zu Zeiten der klassischen Römischen Rechtsgelehrten und, wie wir sehen werden, auch noch später [29]) nur in Geld verurtheilt werden konnte? Dieses Räthsel hat Wächter [30]) in folgender Weise zu lösen gesucht:

„Das Recht des Käufers geht an sich blos auf die gehörige Sachleistung; auf diese wird geklagt und dieses Recht wurde auch bei Anstellung der Kaufsklage in judicium deducirt (l. 11 § 1, 2, 8 de A. E. V. Gajus IV, 131). Dabei mußten aber natürlich die älteren Römischen Quellenstellen sagen: wenn der Verkäufer die Sache nicht freiwillig herausgibt, so erlangt am Ende der Käufer von ihm mit seiner Kaufsklage das Interesse (z. B. l. 1 pr. l. 11 § 9 l. 12 de A. E. V.) und nur dieses, weil nach älterem Römischen Recht die Condemnation nur auf Geld gehen konnte. Aber nicht dieses Interesse war das eigentlich Geschuldete (wenn nicht die Obligation aus andern besondern Gründen in eine Obligation auf's Interesse überging); an sich hat der Kläger kein Recht auf's Interesse und kann in der Regel auch nur auf die eigentlich geschuldete Leistung klagen und eben deshalb und nur deshalb konnte der Beklagte noch während des Processes durch Leistung der eigentlichen Schuld, durch Herausgabe der Sache, der Verurtheilung auf's Interesse entgehen."

Dazu heißt es dann in einer Anmerkung 14:

„Von einem Wahlrecht des Klägers kann man gar nicht sprechen. Der Kläger hatte in seiner intentio auf die eigentlich geschuldete Leistung zu klagen z. B. si paret fundum Auli esse, si paret fundum Aulo dari oportere u. s. w. (vgl.

---

[28]) Blätter für Rechtsanwendung Bd. 17, S. 354.

[29]) Vgl. unten § 91.

[30]) Erörterungen, Bd. II, S. 23, 24.

Gajus IV, § 34, 36, 41, 47, 53, 136) und nur für den Fall, daß es der Beklagte zur condemnatio kommen lassen würde, also die geschuldete Leistung nicht vorher abtrage (auf welches Vorherabtragen aber nur bei den act. arbitrariis ein ausdrücklicher Vorbescheid erlassen wurde), hatte der Judex auf's Interesse zu erkennen."

Bleiben wir zunächst einmal bei dem zuletzt von Wächter gebrachten Beispiele, der condictio auf res certa, stehen. Hier ging nun die Ansicht der Proculejaner entschieden dahin: daß der Geschworne selbst dann zu verurtheilen habe, wenn der Kläger nach der Litiscontestation zufrieden gestellt war [31]). Und diese Ansicht der Proculejaner wird in alter Zeit für die condictio auf res certa unbestrittene Geltung gehabt haben [32]). Daraus geht aber klar hervor: daß der Kläger, wenigstens nach der Litiscontestation, ursprünglich gar keinen Anspruch auf die Sachleistung mehr hatte, sondern nur noch auf die Geldleistung. Allerdings stellten die Sabinianer den Satz auf: omnia judicia esse absolutoria, wenn nämlich der Kläger noch vor dem Urtheile befriedigt war. Von Haus aus lag indes diese Freisprechungsbefugnis keineswegs in der Instruction des Geschwornen. Und dann folgt daraus, daß der Geschworne eine wirkliche Zufriedenstellung, die vor dem Urtheile erfolgte, zu berücksichtigen hatte, noch keineswegs: daß der Gläubiger, welcher geklagt hatte, die ihm angebotene Sachleistung noch anzunehmen brauchte. Dieser Satz wird sich vielmehr erst später entwickelt haben [33]). Also nicht deshalb, und nur deshalb konnte der Beklagte durch Anbieten der schuldigen Leistung, wie v. Wächter meint, die Verurtheilung abwenden, weil der Kläger in der Regel nur auf die eigentlich geschuldete Leistung klagen kann. Die Römische Anschauung ist vielmehr folgende: obgleich der Gläubiger auch bei Nichtgeldleistungen nur auf Geld klagen kann, ist der Schuldner gleichwohl befugt, durch Anbieten der eigentlich geschuldeten Leistung die Verurtheilung abzuwenden.

Wenn v. Wächter sich für seine Auffassung auf Stellen, wie Gaj. IV, 131 beruft, welche von der Consumption durch Litiscontestation handeln, und erörtern, wie viel consumirt werde; so sieht man kaum ein, was das hier soll. Es handelt sich bei unserer Frage

[31]) Gaj. IV, 114. Keller, Civilproceß § 67.
[32]) Siehe oben § 86, S. 333 fgg.
[33]) Siehe oben S. 73; Kuntze, Excurse, S. 329.

ja nicht um den Umfang, sondern die Beschaffenheit des klägerischen Anspruches, darum: ob wir es mit einem Anspruche auf die Sachleistung selber oder mit einem Anspruche auf ein Geldäquivalent zu thun haben.

Und wenn v. Wächter meint: daß bei den actiones arbitrariae auf das Vorherabtragen der geschuldeten Leistung ein ausdrücklicher Vorbescheid erlassen wurde — so ist auch das nicht genau. Denn in Bezug auf diese heißt es nur in § 31 J. de act. 4, 6:

> in his enim actionibus — — permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satis fieri oporteat.

Es scheint also schon bei Erlaß dieses Vorbescheides ganz vom Ermessen des Richters abgehangen zu haben: ob und wie fern derselbe z. B. die ursprüngliche Nichtgeldleistung noch für ausreichend hielt; ob er es nicht vielmehr für angemessener fand, daß Beklagter den Kläger lediglich in Geld abzufinden habe.

Die Entwicklung, welche das Römische Recht in der hier fraglichen Beziehung genommen hat, ist also folgende gewesen. Der Gläubiger hat bei Nichtgeldleistungen nur einen Anspruch auf Geld, denn das Urtheil lautet nur auf Geld. Dagegen steht es dem Schuldner frei, die Nichtgeldleistung anzubieten, und dadurch eine Verurtheilung abzuwenden. Diese Oblationsbefugnis des Schuldners hat sich auf dem Gebiete der gutgläubigen Obligationen ungestörter ausbilden können, als auf dem der strengrechtlichen. Auf letzterem Gebiete versagte noch zur Zeit Celsus' des Sohnes die herrschende Meinung dem gemahnten Schuldner diese Oblationsbefugnis, und erst Celsus scheint diese Ansicht mit Erfolg angegriffen zu haben [34]). Die Zulässigkeit der Oblation nach der Litiscontestation wird hier von Julian [35]) und African [36]) bezeugt.

War es nun aber nicht ein eigen Ding: der Schuldner hat freie Wahl, ob er die Nichtgeldleistung anbieten oder sich in Geld verurtheilen lassen will, während der Gläubiger nur auf Geld klagen kann? Gewiß finden wir die Entwicklung, welche das Römische Recht

[34]) fr. 91 § 3 V. O. 45, 1. Siehe dazu oben § 86, S. 332 fgg.

[35]) fr. 33 § 1 Sol. 46, 3. Vgl. dazu Keller's Litiscontestation, S. 182, 183, Anm. 10.

[36]) fr. 37 Mand. 17, 1. Vgl. dazu oben S. 65.

bei den Obligationen auf Nichtgeldleistungen genommen hat, sehr begreiflich, indem es hier dem Schuldner eine Oblationsbefugnis in weitem Umfange einräumte: denn die Römer werden solche Obligationen auf Nichtgeldleistungen regelmäßig doch deshalb abgeschlossen haben, damit sie in natura erfüllt würden, nicht damit der Gläubiger statt der Nichtgeldleistung ein Geldäquivalent erhalte. Andererseits war aber die Lage eines Römischen Gläubigers, nachdem sich diese Entwicklung vollzogen hatte, wahrlich nicht beneidenswerth. Konnte derselbe doch kaum wissen, woran er nun eigentlich sei.

Ein umfassendes Gegengewicht gegen diese Oblationsbefugnis des Schuldners hat der Römische Gläubiger erst erhalten, als ihm später allgemein die Befugnis beigelegt wurde, aus jeder Obligation mit der condictio certi generalis zu klagen [37]). Andererseits machte sich aber auch schon zu Zeiten der Römischen Rechtsgelehrten hier und da eine Gegenströmung in der Weise bemerkbar, daß man die Oblationsbefugnis des Schuldners einzuengen suchte.

Zunächst konnte man es keinem vorsichtigen Testator verdenken, wenn er seine Verfügungen so traf, daß die Vermächtnisnehmer gegen eine unzeitgemäße Oblation des belasteten Erben hinlänglich geschützt schienen. Und in ähnlicher Weise wird es auch der contrahirende Gläubiger verstanden haben, sich gegen eine unzeitgemäße Oblation des Schuldners zu verklausuliren.

In ersterer Beziehung sollen hier einige Stellen betrachtet werden, welche sich auf die penus legata beziehen. Wenn z. B. ein Testator in dieser Weise seine hinterlassene Wittwe bedacht hatte, so mußte die Frau doch wissen, woran sie war: ob der belastete Erbe ihr die Lebensmittel in Natur zukommen lassen wolle, oder ob sie sich selber darnach umzusehen habe. Penus ist das Griechische ἄπενος oder ἄφενος von ἀπό und ἔνος und bedeutet eigentlich V o r r a t h a u f e i n J a h r.

Folgende Stellen sind besonders beachtenswerth.

fr. 19 pr. Quando dies leg. 36, 2. — Julianus.

Cum sine praefinitione temporis legatum ita datum fuerit: „uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum dato“, unum legatum intellegitur centum et statim peti potest, penoris autem causa

---

[37]) Vgl. unten § 93 a. E. und sonst.

eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradita peno heres liberetur.

fr. 1 de penu legata 33, 9. — Ulpianus.

Uxori suae in annos singulos penoris aliquid heres dare jussus est, si non dedisset, nummos dare damnatus est: quaeritur, an penus legata peti possit an vero solummodo sit in praestatione et, si non praestetur, tunc quantitas petatur. et si quidem semel penus sit legata, non per singulos annos, certo jure utimur, ut et Marcellus libro trigesimo nono digestorum apud Julianum notat, in praestatione esse dumtaxat penum, quantitatem vero et peti posse. habebit igitur heres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur, nisi forte aliud tempus vel mente vel verbis testator praestituit.

fr. 24 Quando dies leg. 36, 2. — Paulus[38]).

Si penum heres dare damnatus sit vel fundum et si non dedisset, decem, ego accepi et penum legatam et translatam esse in decem, si noluerit penum heres dare, et tunc pecuniam deberi, cum interpellatus fundum non dedisset.

Diesen Stellen zufolge pflegten die Testatoren, welche, beispielsweise ihrer Frau, ein Lebensmittellegat aussetzten, für den Fall, daß diese Lebensmittel nicht in Natur geleistet würden, eine dann zu zahlende Summe hinzuzufügen. Hatten die Testatoren nun gleichzeitig eine bestimmte Zeit angegeben, bis wann die Lieferung in natura spätestens beschafft sein mußte; so konnte für den Legatar in der hier fraglichen Beziehung kein Ungemach entstehen. Wenigstens hatte er nach dem bestimmten Tage nicht mehr nöthig, eine Leistung in natura noch anzunehmen.

Wie war es nun, wenn im Testamente eine solche Zeitbestimmung fehlte? Hier waren die Römischen Rechtsgelehrten sich jedenfalls darüber einig, daß die Oblationsbefugnis des Schuldners eine Grenze haben müsse. Ueber das Wie dieser Abgrenzung gingen die Meinungen indes auseinander. Julian nahm als äußerste Grenze den Zeitpunkt der Litiscontestation an. Ulpian wollte daneben auf den still-

---

[38]) Vgl. auch fr. 1 § 8 ad leg. Falc. 35, 2.

schweigend ausgesprochenen Willen des Testators Rücksicht genommen wissen. Paulus dagegen verknüpfte die Umwandlung in eine reine Geldobligation schon mit der Mahnung.

Die penus legata ist eine alterthümliche Legatsart, mit dem sich bereits Q. Mucius Scävola im zweiten Buche seines jus civile [39]) ausführlich beschäftigt zu haben scheint, und wofür er, selbst von späteren Rechtsgelehrten, als eine Autorität angeführt wird [40]). Als die Legatenform, in welcher diese Lebensmittel hinterlassen wurden, finden wir noch in späterer Zeit das Damnationslegat genannt [41]). Um so mehr wird diese Legatenform in alter Zeit hier angewandt sein, so daß wir uns also die Klage aus dieser Obligation als eine condictio certi zu denken haben. Nun wissen wir bereits, daß bis auf Celsus den Sohn herab sogar bei der condictio auf res certa die Oblationsbefugnis des Schuldners durch Mahnung ausgeschlossen wurde, um wie viel mehr wird also nicht der Mahnung diese Wirkung bei der penus legata zugekommen sein, wo für den Fall der Nichtleistung in natura die zu leistende Summe bereits im Testamente angegeben war. Zudem wird uns in fr. 115 § 2 V. O., worauf ich sogleich zu sprechen komme, ausdrücklich bezeugt: daß dies die Ansicht des Mucius und Sabinus gewesen sei, die von der damaligen Praxis allgemein angenommen war; obwohl die Form, in welcher in alter Zeit die penus legata hinterlassen wurde, keine ganz entsprechende gewesen sein dürfte. Erst nachdem Celsus auf dem Gebiete der condictio certae rei die Zulässigkeit der Oblation nach der Mahnung durchgekämpft hatte, werden auch bei der penus legata in dieser Beziehung hinsichtlich der Oblationsbefugnis ähnliche Ansichten laut geworden sein. Hier erfolgte indes wieder eine Gegenströmung. Schon Julian wollte die Oblationsbefugnis über die Litiscontestation nicht gestatten, und Paulus nahm gar an, daß die Umwandlung in eine reine Geldobligation sich bereits mit der Mahnung vollziehe, kehrte also in dieser Beziehung wieder zur alten Auffassung zurück.

Bemerkt werden mag noch: daß in einigen Stellen die penus legata scharf von dem bedingten Geldlegat „si penum non dederit, decem dato“ unterscheiden wird [42]). Hierin haben wir indes eine

---

[39]) fr. 3 pr. de penu leg. 33, 9.

[40]) Vgl. z. B. fr. 3 § 6, § 9 de penu leg. 33, 9; fr. 115 § 2 V. O. 45, 1; Gellius N. A. IV. 1, 17.

[41]) fr. 1 de penu leg. 33, 9.

[42]) fr. 19 § 1; fr. 24 § 1 Quando dies 36, 2.

spätere Rechtsbildung zu erblicken. Zur Zeit des Q. Mucius lautete dies Legat in der That: si penum non dederit, tantum dato — wie wir aus fr. 115 § 2 V. O. 45, 1 entnehmen können. Und Q. Mucius behauptete von einem solchen Legate, daß es im Falle nicht beachteter Mahnung sofort in ein Geldlegat umgewandelt würde. Sabinus stimmte dem bei und berief sich hierfür auf die Praxis, die diese Ansicht aus Nützlichkeitsgründen dem Willen des Erblassers und der Natur der Sache gemäß angenommen habe: „idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam". Und der Sache nach hatten Mucius und Sabinus gewiß Recht, wenn auch die Form, in welcher zu ihrer Zeit die penus legirt wurde, keine ganz passende gewesen sein mag.

Daß übrigens die Römischen Testatoren der penus legata für den Nichtleistungsfall schon frühe eine Geldsumme zufügten, kann nicht auffallen, wenn wir uns nur vergegenwärtigen wollen: daß ein Römischer Geschworner von Haus aus nur in Fälliges verurtheilen [43]), und derselbe Gläubiger denselben Schuldner während derselben Prätur nur einmal belangen konnte [44]). Hätte also ein Testator beispielsweise seiner Wittwe auf eine Reihe von Jahren nur Lebensmittel vermacht, ohne eventuell eine Summe hinzuzufügen; so hätte diese Wittwe den belasteten Erben im Laufe eines Jahres immer nur wegen der fälligen Lebensmittel belangen können, und wegen des Restes hätte sie bis zur nächsten Prätur warten müssen.

Ich wende mich jetzt zur Stipulation. In dem bereits mehrfach gedachten fr. 115 § 2 V. O. berichtet uns Papinian über eine Streitfrage zwischen Pegasus und Sabinus, welche die Stipulation „si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?" betraf. Pegasus behauptete: „non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari." Sabinus hingegen meinte: dem Willen der Contrahenten entspreche vielmehr folgende Auslegung: daß nur so lange nicht aus der Stipulation geklagt werden könne, als der Versprecher nicht gemahnt worden, „tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret". Der Sache nach hatte auch hier wieder Sabinus Recht, obwohl die von den Contrahenten gewählte Form keine ganz passende

---

[43]) Siehe Bd. I, S. 349 und sonst.

[44]) Gajus IV, 56 u. 122. Keller, Civilproceß § 44 a. E.

war. Daher stimmt Papinian dem Sabinus für den Fall zu: „si stipulatio non a condicione coepit", sondern so lautete: „Pamphilum dari spondes? si non dederis tantum dari spondes?"

Was den öconomischen Zweck anbetrifft, dem zur Zeit des Pegasus und Sabinus die fragliche Stipulation gedient haben mag, so könnte derselbe vornämlich darin bestanden haben: durch Hinzufügung der Summe eine etwaige richterliche Abschätzung überflüssig zu machen. Papinian weiß aber für die von ihm in's Auge gefaßte Stipulationsform von einem andern Zwecke zu berichten. Es hätte die Absicht der Contrahenten sein können: ut sola pecunia non soluto homine debeatur. D. h. m. a. W.: der Oblationsbefugnis des Schuldners sollten Grenzen gesteckt werden. Und zwar will Papinian in einem solchen Falle der Ansicht des Sabinus gemäß die Oblation nur bis zur Mahnung gestatten.

In fr. 44 § 6 O. et A. 44, 7 sagt Paulus:

> Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum.

Den Zeitpunkt, mit welchem die Umwandlung erfolge, gibt Paulus zwar nicht näher an. Im übrigen muß uns die Ansicht des Paulus sehr erklärlich erscheinen, wenn wir einer derartigen Stipulationsfassung als öconomischen Zweck d e n unterlegen: daß die Oblationsbefugnis des Schuldners beschränkt werden sollte.

Ferner gehört hierher fr. 57 pr. Sol. 46, 3. — Ulpianus.

> Si quis stipulatus fuerit „decem in melle", solvi quidem mel potest, antequam ex stipulatu agatur: sed si semel actum sit et petita decem fuerint, amplius mel solvi non potest.

Auch der öconomische Zweck der hier gewählten Stipulationsfassung wird der gewesen sein, die Oblationsbefugnis des Schuldners einzuschränken. Als Zeitpunkt, bis wann der Schuldner den Honig noch anbieten könne, nimmt Ulpian, abweichend von Papinian, den der Litiscontestation an [45]).

---

[45]) Vgl. zu obigen Stellen C u j a c i u s in Lib. LXXIV Pauli ad Edictum ad § ult. l. 44 O. et A. 44, 7. Opp. omn. V, Sp. 836—838;

Aber auch bei solchen Obligationen, wo für den Nichtleistungsfall keine Summe hinzugefügt war, suchten später die Römischen Rechtsgelehrten der Oblationsbefugnis des Schuldners Grenzen zu setzen. In dieser Beziehung kommt zunächst der Inhalt des vorigen Paragraphen in Betracht. Und wenn ich dort die Fälle unerwähnt ließ, wo für den Nichtleistungsfall eine Summe hinzugefügt worden, obwohl, wie wir hier gesehen haben, es nicht an Römischen Rechtsgelehrten fehlte, welche auch in diesen Fällen die Umwandlung einer Nichtgeldleistung in eine Geldleistung mit der Mahnung in Verbindung brachten; so leitete mich hierbei der Gedanke: daß es sich in Fällen der letztern Art mehr um eine Frage der Auslegung handele, und demgemäß die Wirkungen, welche Römische Rechtsgelehrte hier mit der Mahnung verknüpft haben, nicht sowohl gesetzliche, als vielmehr vertragsmäßige oder auf letztwilliger Verfügung beruhende seien.

Was dann den Inhalt des vorigen Paragraphen anbetrifft, so sahen wir: wie bereits Gájus die obligatio auf operas anders behandelt wissen wollte, als die auf ceteras res — während Julian die Ansicht vertrat: daß das pecuniam debere hier ebenfalls erst mit der Verurtheilung beginne [46]).

Und wie die Verpflichtung des Freigelassenen zu Diensten von Gajus aufgefaßt wurde, haben Pomponius und African auch den Fall behandelt: wenn ein Freier, sei es nun in Folge einer Stipulation oder eines Damnationslegates, verpflichtet war, einen Sclaven zu derartigen Diensten herzugeben [47]).

Ferner haben Pomponius die durch Vermächtnis entstandene Nießbrauchsobligation und African den stipulirten Nießbrauch, anlangend die Mahnungswirkungen, gerade so wie eine operarum obligatio behandelt, indem sie die einzelnen Nießbrauchsjahre mit den einzelnen Dienstleistungen eines Freigelassenen oder Sclaven in Parallele stellten [48]). Dies hängt mit der Natur der Nießbrauchsobligation zusammen. Denn da bei fruchttragenden Sachen, die auf eine Reihe von Jahren zum Fruchtgenuß bestimmt sind, die Leistung

---

aus neuerer Zeit Salkowski, Zur Lehre von der Novation, S. 201—206; v. Vangerow, Pandekten, Bd. III, § 614, Anm. Nr. IV, S. 341, 342, und die bei letzterem angeführten Schriftsteller.

[46]) Siehe oben § 86, S. 337, 338.

[47]) Siehe oben § 86, S. 317—319; 338, 339.

[48]) Siehe oben § 86, S. 319 fgg.; 339, 340.

schon durch bloße Vorenthaltung der Sache ganz oder theilweise unmöglich wird, quia alius futurus sit (usus fructus)[49]) mußte sich hier die Vorstellung wieder geltend machen: daß eine nachträgliche Oblation nicht zuzulassen sei [50]).

Demgemäß stellte Pomponius hier den Satz auf [51]): si initio anni, quo colere deberem, moram fecerit (heres), licet postea patiatur, quia cultura sim exclusus, tamen totius anni nomine mihi tenebitur.

Bei den Obligationen, die wir bisher betrachtet haben, erfolgte die Umwandlung der Nichtgeldleistung, ohne daß die Festsetzung der Geldleistung vom Interessestandpunkte aus vorgenommen wäre. Aber bei den Interesse-Obligationen machte sich ebenso gut das Bedürfnis geltend, der Oblationsbefugnis des Schuldners Grenzen zu stecken. Dies um so mehr, als das Römische Recht im allgemeinen nur einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kennt [52]). Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Oblationsbefugnis der ursprünglichen Leistung schließen sich aber gegenseitig aus. Von dem Zeitpunkte an also, von dem die Römischen Rechtsgelehrten den Interesseanspruch des Gläubigers wegen Nichterfüllung datirten, mußten sie die Oblationsbefugnis des Schuldners verneinen. Dies ist noch heutzutage so [53]), und kann auch nicht anders sein.

Um dann auf einzelne Interesse-Obligationen überzugehen, so haben wir bereits gesehen: daß die Römischen Rechtsgelehrten bei der Nießbrauchsobligation mit der Mahnung später einen Interesseanspruch verknüpften [54]). Es ist indes nicht denkbar: daß sie durch diese Umwandlung veranlaßt sein sollten, dem Schuldner für die bereits abgelaufene Zeit, wo der Nießbrauch bereits hätte eingeräumt sein müssen, eine Nachholung in natura zu gestatten; denn auch trotz dieser Umwandlung war der Ausspruch des Pomponius richtig, quia alius futurus sit usus fructus.

Weitere Beispiele von dem Bestreben der Römischen Rechts-

---

[49]) fr. 6 de usu et usufr. 33, 2.

[50]) Siehe oben § 86, S. 325.

[51]) fr. 2 de ann. leg. 33, 1.

[52]) Vgl. unten § 88.

[53]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. I, Nr. 44; XI, Nr. 230; XV, Nr. 116; XXIII, Nr. 249; XXIV, Nr. 228.

[54]) Siehe oben § 86, S. 325 fgg.

gelehrten, die Oblationsbefugnis des Schuldners auch bei den Interesse-Obligationen einzuschränken, liefert die incerte Stipulation.

fr. 11 de re judicata 42, 1. — Celsus libro quinto digestorum.

Si kalendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocumque post kalendas accepto judicio tanti tamen aestimanda lis est, quanti interfuit mea kalendis id fieri: ex eo enim tempore quidque aestimatur, quod novissime solvi poterit.

Statt des letzten Satzes haben einzelne Ausgaben: quo novissime solvi potuit. Vielleicht ist statt quod zu lesen quo t. = quo tempore.

Celsus meint also: daß bei einer Stipulation auf fieri die Schätzung von der Zeit beginnen müsse, wo der Schuldner zuletzt leisten konnte. Dies soll aber der Tag sein, welcher für die Leistung festgesetzt war. Also war eine Oblation der Nichtgeldleistung nach diesem Tage nicht mehr zulässig. Der Interesseanspruch des Gläubigers wegen Nichterfüllung und die Oblationsbefugnis des Schuldners hinsichtlich der ursprünglichen Leistung schließen sich gegenseitig aus [55]). Die Stelle ist um so merkwürdiger, als sie gerade von Celsus dem Sohne herrührt, von dem wir aus fr. 91 § 3 V. O. wissen: daß er bei der Obligation auf certa res für die Oblationsbefugnis des gemahnten Schuldners mit Lebhaftigkeit in die Schranken trat.

Hierher gehört ferner folgende Stelle von Paulus.

fr. 84 V. O. 45, 1.

Si insulam fieri stipulatus sim et transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet; quod si jam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices.

Wir haben es hier mit einer Stipulation auf insulam fieri zu thun, ohne daß ein bestimmter Tag, bis wann die Leistung hätte beschafft sein sollen, vereinbart war. Das Letztere ersehen wir daraus: daß Paulus die Zeit, quo potueris facere, in Betracht zieht. Paulus war nämlich für Fälle dieser Art der Ansicht: tunc enim accipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest (poterunt) [56]).

---

[55]) Vgl. Anm 53.

[56]) fr. 73 pr. V. O. 45, 1. Vgl. Bd. I, S. 444.

Also wenn sich jemand den Bau eines Hauses hatte versprechen lassen, ohne daß für die Beendigung des Baues eine bestimmte Frist vereinbart war, und der Bauherr nach Ablauf der zum Bau erforderlichen Zeit litem contestirt hatte, so sollte es mit der Oblationsbefugnis des Schuldners ein Ende haben, und es ihm nichts nützen, wenn er nach der Litiscontestation noch bauen würde.

In neuerer Zeit erblickte die herrschende Ansicht[57]) in dieser Entscheidung des Paulus eine Nachwirkung der zwischen Sabinianern und Proculejanern verhandelten Streitfrage, die von Seiten der Sabinianer das Rechtssprichwort veranlaßte: omnia judicia esse absolutoria[58]) — und glaubte demzufolge: die Aufnahme dieser Stelle auf ein Versehen der Compilatoren zurückführen zu müssen. Die Proculejaner meinten nämlich, wie bereits mehrfach bemerkt: daß eine Befriedigung des Klägers nach der Litiscontestation bei strengrechtlichen Obligationen keine Freisprechung zur Folge habe. Allein daß diese Streitfrage noch zur Zeit des Paulus ihre Erledigung nicht gefunden haben sollte, ist um so unwahrscheinlicher, als Paulus nicht bloß bei strengrechtlichen, sondern auch bei gutgläubigen Obligationen der Oblationsbefugnis des Schuldners glaubte entgegentreten zu müssen, wie wir sogleich sehen werden.

Und man hat doch wahrlich nur nöthig, sich in die Lage eines Römischen Bauherrn hineinzudenken, um die Entscheidung des Paulus aus sachlichen Gründen begreiflich zu finden. Ein Hausbau ist sobald nicht aufgeführt, und ein Proceß kann ebenfalls lange währen. Vielleicht bestritt der Schuldner gar seine Verpflichtung, legte den Contract wesentlich anders aus, als der Bauherr. Jetzt von diesem zu verlangen, daß er den Ausgang des Processes erst abwarte, bevor er den Hausbau unternahm, wäre doch wohl etwas viel gefordert gewesen, zumal das Urtheil schließlich auf Geld lautete.

Daher sind meines Erachtens die ältern Erklärungen[59]), denen sich auch aus neuerer Zeit ein Erkenntnis des O.A.G. zu Lübeck, Seuffert's Archiv, Bd. XV, Nr. 116, angeschlossen hat, dem Verständnis dieser Stelle zum Theil schon weit näher gekommen, da

[57]) Vgl. z. B. v. Savigny, System, Bd. V, S. 135, Anm. 10; v. Wächter, Erörterungen, H. III, S. 26, Anm. 32; und Mommsen, Mora, S. 34, Anm. 13.

[58]) Gaj. IV, 114. Keller, Civilproceß, § 67.

[59]) Vgl. z. B. Cujacius ad tit. de V. O. ad h. l. Opp. omnia I, Sp. 1061—1064; Donell ad tit. V. O. ad l. 91 § 3 Nr. 10, Opp. omnia, Maceratae, 1833, tom. XI, Sp. 1386, 1387; ad h. l. Sp. 1351—1354.

sie die Entscheidung des Paulus sachlich zu begründen versuchten, obwohl man auf diese ältern Auslegungsversuche ohne Ausnahme seit der Entdeckung von Gajus meistens glaubte, ziemlich vornehm herabblicken zu können. Zum Theil freilich haben ältere Ausleger aus der fraglichen Stelle auch recht wunderliche Sachen herausgelesen [60]).

Ich gehe jetzt zu einer andern Stelle des Paulus über, auf die ich schon hindeutete, nämlich fr. 24 § 4 Loc. 19, 2:

> Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte agit, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur: sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.

Paulus meint: wenn einem Pächter die Nutzung des Pachtgutes nicht gestattet werde, so könne er sofort wegen des ganzen fünfjährigen Zeitraumes klagen. Daß die Römer ihre Pachtverträge auf fünf Jahre eingingen, finden wir auch sonst erwähnt [61]). Den Fall werden wir uns näher so zu denken haben: daß der Pächter zur Uebernahme der Pachtung bereit war, der Verpächter sich aber weigerte, sie einzuräumen. D. h. m. a. W.: der Verpächter ließ die Mahnung des Pächters unbeachtet.

Daraus, daß Paulus sofort wegen der ganzen Pachtzeit die Klage zuläßt, entnehmen wir: daß er bei dieser gutgläubigen Klage vom überlieferten Rechtssatze absah, wonach ein Römischer Geschworner nur in Fälliges verurtheilen konnte [62]); obwohl derselbe, wie wir eben

---

[60]) Siehe hierüber v. Madai, Mora, S. 209—213, 481—484.

[61]) fr. 4 § 1 R. C. 12, 1; fr. 13 § 11 Loc. Cond. 19, 2; Orelli Inscr. 4323, auch abgedruckt bei Bruns fontes, 2. Aufl, S. 138. Vgl. ferner Degenkolb, Platzrecht und Miethe, S. 145.

[62]) Siehe Bd. I, S. 349 und sonst.

noch gesehen haben [63]), hinsichtlich der incerten Stipulation, anderer Meinung war.

Aber hätte es Paulus nicht vielleicht in diesem Falle ebenso machen können, wie in einem analogen Falle Pomponius [64]) und African [65]) zu Werke gehen: daß er zwar wegen des angebrochenen Jahres sofort die Klage zugelassen, dagegen wegen der nachfolgenden Jahre dem Verpächter Oblation gestattet hätte? Derartigen Bedenken stellt Paulus die Behauptung entgegen: nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. Also nicht immer soll dem Verpächter für die folgenden Jahre eine Oblationsbefugnis zustehen. Dies setzt einentheils voraus: daß nach der Ansicht des Paulus allerdings Fälle möglich blieben, wo dem Verpächter eine derartige Oblationsbefugnis für die folgenden Jahre einzuräumen war. Andererseits wird aber die Sache meistens so gelegen haben, daß man dem Pächter eine Uebernahme im zweiten oder dritten Jahre nicht füglich mehr zumuthen konnte: es wird zur Zeit der Klaganstellung bereits klar gewesen sein, daß dem Pächter die Uebernahme der Pachtung im zweiten und den folgenden Jahren nicht mehr gelegen kam.

Und wie Paulus sich die Sachlage für gewöhnlich denkt, theilt er uns in der Weise mit: daß er auf einen andern Fall abspringt, dessen Behandlung den Practikern zu seiner Zeit vielleicht keine Schwierigkeit mehr machte. Wenn ein Pächter vor Ablauf der Pachtzeit vom Verpächter vertrieben werde, und sich in Folge dessen eine andere Pachtung verschaffe, zwei Pachtungen ihm auch zu viel seien; so brauche er für die Pachtzeit, die er noch nach hatte, dem ersten Verpächter kein Pachtgeld mehr zu zahlen, und habe zudem einen Anspruch auf den entgangenen Gewinn. Denn mit Oblation des Pachtgrundstückes komme der Verpächter jetzt zu spät, da der Pächter bereits anderweitig wieder gebunden war. Die Lesart der Florentiner Handschrift „nam et qui" ist durchaus beizubehalten, da Paulus mit diesen Worten auf die Besprechung eines andern Falles übergeht; obwohl Th. Mommsen das et gestrichen haben will.

Und weil in einem solchen Falle, denn so müssen wir im Sinne

---

[63]) Siehe oben S. 364, 365.

[64]) fr. 2 de ann. leg. 33, 1.

[65]) fr. 37 de usufr. 7, 1.

des Paulus den Rückschluß machen, die Oblationsbefugnis des Verpächters ausgeschlossen ist, sobald sich der Pächter eine neue Pachtung verschafft hat; muß es sich in dem Falle ebenso verhalten, wenn der Verpächter eine Mahnung nicht beachtete.

So ist also nach Paulus ein Pächter, der gemahnt hat, sofort befugt, sich nach einer andern Pachtung umzusehen. Und wenn er eine andere Pachtung gefunden hat, ist es mit der Oblationsbefugnis des Verpächters vorbei.

Ja, nach dem Schlußsatze scheint Paulus es gar nicht einmal für unumgänglich nothwendig zu halten, daß der Pächter bereits anderweitig wieder gebunden war. Denn Paulus macht die Oblationsbefugnis des Verpächters von der doppelten Voraussetzung abhängig: erstens si paucis diebus prohibuit und zweitens omnia colono in integro sunt. Also eine Oblation, etwa ein halbes Jahr nach der Mahnung, käme unter allen Umständen zu spät.

Die Worte „nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet" bedeuten: dann behält der Verpächter seinen Anspruch auf die Pachtgelder ungeschmälert, ohne daß der Pächter berechtigt ist, Abzüge zu machen, die Zahlung auch wohl gänzlich zu verweigern.

Nach dieser Stelle hat also der Pächter, der vergeblich gemahnt hatte, es ganz in seiner Gewalt: ob er sich noch eine nachträgliche Oblation gefallen lassen wollte, oder nicht. Er brauchte sich ja nur nach einer andern Pachtung umzusehen. Ja, wenn der gemahnte Verpächter sich nicht schon bald, etwa nach ein paar Tagen, wieder besann, scheint Paulus eine nachträgliche Oblation überall nicht mehr zugelassen zu haben.

Windscheid[66]) meint: aus dieser Stelle seine Auffassung herauslesen zu können. Allein Paulus geht gar zu viel weiter. Seine Begründung verräth schon einen Anflug der condictio certi generalis, die wir später im Justinian'schen Recht neben allen Obligationen, also auch allen Obligationen auf Nichtgeldleistungen, zugelassen finden[67]); und die, wo es sich um Obligationen auf Nichtgeldleistungen handelte, da sich diese Klage begreiflicherweise nur durch eine Geldabzahlung abwenden ließ, für einen Gläubiger ein bequemes Mittel abgegeben haben muß, eine nachträgliche Oblation abzuwehren.

---

[66]) Pandekten, Bd. II, § 280, Anm. 1, siehe oben S. 350.

[67]) fr. 9 pr. R. C. 12, 1. Vgl. dazu unten § 94 und sonst.

So können wir denn in Bezug auf die Oblationsbefugnis des Schuldners im Römischen Recht eine doppelte Strömung verfolgen. Einerseits ist man bemüht, diese Oblationsbefugnis zu erweitern, andererseits den Gläubiger gegen eine unzeitgemäße Oblation zu schützen. Die Verurtheilung in Geld auch bei Nichtgeldleistungen ist im Römischen Recht stets als die Regel beibehalten worden, daneben erachtete man indes den Schuldner für befugt, die Nichtgeldleistung in Natur anzubieten. Der Schuldner hatte also bei Nichtgeldleistungen eine Art Wahlrecht zwischen Leistung in Natur und Geldleistung. Um dieses Wahlrecht des Schuldners zu paralysiren, räumte man indes später dem Gläubiger in immer weiterem Umfange die Befugnis ein, sich gegen eine unzeitgemäße Oblation der Nichtgeldleistung durch Zurückweisung derselben zu schützen, und auf Geldleistung zu bestehen.

Was nun die Frage anbetrifft: in wie fern diese Bestimmungen des Römischen Rechts heutzutage anzuwenden seien — so werden wir uns leicht davon überzeugen: daß dies ohne weiteres, namentlich auch in Bezug auf fr. 24 § 4 Loc. 19, 2, gar nicht angeht. Ein heutiger Gläubiger ist bei Nichtgeldleistungen zunächst auf die heutige Erfüllungsklage angewiesen, in Folge derer der Schuldner in die Leistung selber verurtheilt wird. Bei einseitigen Leistungen z. B., worauf ich unten § 91 Nr. 5 noch zurückkomme, darf der Gläubiger eine verspätete Oblation nie zurückweisen, sondern ist verpflichtet, die Leistung in Natur anzunehmen, soweit sich dieselbe noch beschaffen läßt. Und soweit die Leistung nicht mehr möglich, hat der Gläubiger, welcher mahnte, einen Anspruch auf Schadensersatz. Die einseitigen Leistungen scheiden also für unsere Frage gänzlich aus. Wenn z. B. jemand ein Landgut vermacht ist, und der belastete Erbe ein Jahr lang eine Mahnung unbeachtet ließ; so kann der Vermächtnisnehmer nicht etwa statt des Landgutes Geld verlangen, sondern ist nur berechtigt, auf das Landgut selber zu klagen, und daneben Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu beanspruchen.

Die Frage: in wie fern ein Gläubiger eine nachträgliche Oblation einer Nichtgeldleistung zurückweisen könne — ist demnach heutzutage nur noch bei zweiseitigen Obligationen möglich, und löst sich hier in die beiden Fragen auf: in wie fern ist ein heutiger Gläubiger berechtigt, eine zweiseitige Obligation durch Kündigung aufzuheben; und in wie fern kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren. Vgl. in letzterer Beziehung unten § 91.

Eine einseitige Aufhebungsbefugnis, die uns hier zunächst nur

kümmert, ist ferner nicht bloß einem Gläubiger, der eine Nichtgeldleistung, sondern unter Umständen auch dem, der eine Geldleistung beanspruchen kann, einzuräumen; sofern nur eine zweiseitige Obligation vorliegt. Eine solche zweiseitige Obligation ist z. B. der heutige Vorvertrag über ein Darlehen, das Zinsen tragen soll. Der eine verspricht die Hingabe des Darlehens, der andere dessen Verzinsung. Und wenn der Gläubiger, der in Gemäßheit eines solchen Vorvertrages das Darlehen zu fordern hat, dieses Mahnung ungeachtet nicht erhält, so ist er unter Umständen berechtigt, den Vertrag einseitig wieder aufzuheben.

Die Behandlung dieser Fälle macht indes keine sonderliche Schwierigkeit, wenn wir nur erst das Princip gefunden hätten, das einen Gläubiger bei Nichtgeldleistungen zur einseitigen Aufhebungsbefugnis berechtigen soll. In dieser Beziehung kann aber nicht nachdrücklich genug hervorgehoben werden: daß das Römische Recht für unsere heutigen Verhältnisse ohne weiteres selbst dann nicht anwendbar sein würde, wenn die Ansichten der Römischen Rechtsgelehrten mehr Uebereinstimmung böten, als in der That der Fall ist.

Nun weichen aber die Meinungen der Römischen Rechtsgelehrten nicht bloß unter einander ab; es hat auch ein und derselbe Rechtsgelehrte, nämlich Paulus, mindestens drei verschiedene Ansichten darüber aufgestellt: welcher Zeitpunkt bei Nichtgeldleistungen die Oblationsbefugnis des Schuldners abgrenze. Bei der penus legata sieht er auf die Mahnung [68]); bei der incerten Stipulation auf die Litiscontestation [69]); bei der Locatio Conductio soll nach dem Anfang von fr. 24 § 4 Loc. Cond. 19, 2 in Betracht kommen: ob der Pächter schon anderweitig wieder gebunden war — während es nach dem Schlußsatz der gedachten Stelle so aussieht: als ob dem gemahnten Schuldner für eine Oblationsbefugnis überhaupt nur eine sehr knappe Zeit zugemessen sei.

Und was den Gegensatz zwischen Römischer und heutiger Anschauung in der hier fraglichen Beziehung anbetrifft, so mögen mir noch folgende Bemerkungen gestattet sein.

Ein Römischer Schuldner war sich bewußt: daß er zur Nichtgeldleistung selber nicht gezwungen werden könne, daß er also, wenn er nicht gutwillig leiste, nur in Geld verurtheilt würde.

Wenn nun ein solcher Schuldner eine Mahnung nicht beachtete,

---

[68]) fr. 1 § 8 ad leg. Falc. 35, 2; fr. 24 pr. quando dies 36, 2.
[69]) fr. 84 V. O. 45, 1.

so konnte er es seinem Gläubiger wahrlich nicht verdenken: daß derselbe, dem es um die Leistung wirklich zu thun war, sich dieselbe anderweitig zu verschaffen suchte.

Anders steht ein heutiger Schuldner da. Wenn dieser eine Mahnung nicht beachtet, so muß er sich sagen: daß er nunmehr wegen der Leistung selber verklagt wird. Er hat also bei sich zu überlegen: ob er es auf einen Proceß ankommen lassen, oder leisten will.

Schließlich besinnt er sich, und bietet dem Gläubiger die Leistung an. Der Gläubiger ist aber bereits anderweitig engagirt. Es handelte sich z. B. um eine Pachtung, und der Pächter hat sich bereits nach einer andern Pachtung umgesehen. Hier können wir den Schuldner mit seiner Oblation nicht ohne weiteres zurückweisen, wie Paulus in fr. 24 § 4 Loc. 19, 2 es macht. Der regelmäßige Verlauf einer nichtbeachteten Mahnung ist heutzutage bei Nichtgeldleistungen im Gegensatz zum Römischen Recht der: daß eine Erfüllungsklage erfolgt. Ein Gläubiger, der diesen Weg nicht gehen will, handelt anders, als Gläubiger gewöhnlich zu handeln pflegen, und muß deshalb dem Schuldner mindestens mittheilen, was er vorhat. Er muß ihm anzeigen, daß er vom Vertrage abgehen wolle. Da aber dem Schuldner mit einer bloßen Anzeige nicht gedient sein kann, wenn ihm nicht gleichzeitig Gelegenheit geboten wird, seine Versäumnis wieder gut zu machen; so muß ihm zur Nachholung des Versäumten noch eine angemessene Frist eingeräumt werden.

So ergibt sich denn schon, abweichend vom Römischen Recht, für das heutige Recht der Satz: daß ein Gläubiger, der zur einseitigen Aufhebung der Obligation befugt werden will, dies dem gemahnten Schuldner besonders anzeigen und ihm daneben noch eine angemessene Frist zur Vornahme der Leistung gewähren muß.

Und an diesem Satz haben wir für den gewöhnlichen Verkehr um so mehr festzuhalten, als sogar das A. D. H. G. B. [70]) ihn für das gutgläubige Kaufgeschäft [71]) für erforderlich erachtet hat.

Jetzt wäre noch, die fragliche Anzeige vorausgesetzt, zu untersuchen: bei welchen Obligationen dem heutigen Gläubiger diese einseitige Aufhebungsbefugnis zusteht.

Paulus gibt in fr. 24 § 4 Loc. 19, 2 dem Pächter nicht bloß einseitige Aufhebungsbefugniß, sondern sofort einen Schadensersatzanspruch

[70]) Art. 356.

[71]) Siehe oben S. 94, al. 2.

wegen Nichterfüllung. Nun ist allerdings, wie wir oben [72]) gesehen haben, jeder Gläubiger, der einen solchen Anspruch hat, auch befugt, eine Obligation einseitig aufzuheben. Allein in dieser Beziehung sind die Römisch-rechtlichen Bestimmungen nur ebenfalls wiederum nicht ohne weiteres anwendbar, weil im Römischen Recht der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung fast allein in Betracht kommt, da der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung hier erst sehr dürftig ausgebildet ist. Dagegen der heutige Gläubiger ist auf den Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zunächst angewiesen. Auf diesen Gegensatz zwischen heutigem und Römischem Recht werde ich noch zurückkommen [73]). Was mich aber veranlaßt hat: die einseitige Aufhebungsbefugnis vor dem Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu behandeln — davon war bereits oben die Rede.

Anlangend nun die Frage: in welchem Umfange dem Gläubiger die einseitige Aufhebungsbefugnis beizulegen sei — so sind den obigen Ausführungen zufolge die Römischrechtlichen Bestimmungen freilich ohne weiteres heutzutage nicht brauchbar. Andererseits sahen wir aber: wie die Römischen Rechtsgelehrten durch Einschränkung der dem Schuldner zustehenden Oblationsbefugnis bemüht waren, den Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden. Und wenn wir auch das Römische Recht in der fraglichen Beziehung heutzutage nicht buchstäblich zur Anwendung bringen können — was steht denn im Wege, die gestellte Frage in Römischem Geiste zu lösen, indem wir dem heutigen Gläubiger die einseitige Aufhebungsbefugnis in dem Umfange verleihen, als die Bedürfnisse des Lebens dies heutzutage gebieterisch erfordern?

In dieser Beziehung meint nun Bluntschli [74]), der freilich nur den Kauf mit bestimmtem Lieferungstermin in's Auge faßt:

„daß das Rücktrittsrecht des Käufers wegen verspäteter Lieferung — — in der Regel auf den Handelsverkehr zu beschränken, nicht auf den Kaufvertrag überhaupt auszudehnen sei".

Namentlich glaubt Bluntschli den Kauf von Liegenschaften ausnehmen zu müssen; und ähnlich hat sich das O. A. G. zu München [75]) ausgesprochen.

---

[72]) Siehe oben S. 352.

[73]) Siehe unten § 91.

[74]) in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung, Bd. 17, S. 353 bis 359.

[75]) Seuffert's Archiv XI, 141.

Was den handelsrechtlichen Kaufvertrag anbetrifft, so ist in dieser Hinsicht heutzutage kein Streit mehr möglich, da hier das H. G. B. in den Art. 354, 355 und 356 die einseitige Aufhebungsbefugnis des Käufers wie des Verkäufers anerkannt hat. Ich glaube aber nicht, daß wir uns hierauf beschränken können, sondern diese einseitige Aufhebungsbefugnis dem Gläubiger auch außerhalb des Handelsverkehrs in gewissen Fällen einräumen müssen.

Hierfür sprechen folgende Entscheidungen aus Seuffert's Archiv, die einerseits die einseitige Aufhebungsbefugnis des Gläubigers anerkennen, andererseits dieselbe allgemeiner zu begründen versuchen.

So meint das O. A. G. zu Darmstadt [76]): das Interesse des Gläubigers „könne unter Umständen darin bestehen, daß der durch den Verzug Benachtheiligte von seiner Gegenverbindlichkeit befreit werde".

In einem Erkenntnisse des O. A. G. zu Lübeck [77]) heißt es:

„Nur dann ließe sich eine Ausnahme von der allgemeinen Regel statuiren, wenn in einem einzelnen Falle die verspätete Lieferung dem Committenten ganz unnütz oder zwecklos seyn sollte, und er von derselben gar keinen Gebrauch mehr zu machen im Stande wäre, indem in einem solchen Falle der Schadensersatz nur in der Aufhebung des Contracts bestehen könnte."

In einem Erkenntnisse des Berliner Obertribunals [78]) wird gesagt:

„Im vorliegenden Fall hat sich der Kläger bedungen, daß ihm der Hof unverzüglich als freies Allode gewährt werde; hierin liegt, daß der Kläger mit der Wegschaffung der Lehenseigenschaft durch den Verklagten keineswegs auf unbestimmte Zeit hinaus habe warten sollen; zögert der Verklagte damit längere Zeit, als nach der Absicht der Contrahenten geschehen durfte, und bleibt das Grundstück noch fortwährend mit jener, die Disposition über dasselbe vielfach hemmenden Last behaftet: so wird der Zweck des Vertrages nicht erreicht, und der Kläger ist zum Rücktritte befugt."

Ein Erkenntnis des O. A. G. zu Dresden [79]) führt endlich aus: „und es bedarf, wenn im vorliegenden Falle der Käufer als sein diesfälliges Interesse blos die Enthebung von der Verbindlichkeit

---

[76]) Seuffert's Archiv X, 155.
[77]) Ebendas. XI, 230.
[78]) Ebendas. XIV, 123.
[79]) Ebendas. XVII, 225.

zur Abnahme des Kaufobjects geltend macht, nicht schlechterdings einer ausdrücklichen Stipulation über diesen Punkt, vielmehr genügt dazu das Vorhandensein solcher Umstände, aus welchen hervorgeht, daß die Leistung für den Käufer in Folge der Säumnis des Mitcontrahenten eine wesentlich andere, als die vertragsmäßig bedungene sein, mithin ihm durch Abnöthigung derselben gar nicht das gewährt werden würde, worauf er aus dem Vertrage Anspruch hat."

Die in diesen Entscheidungen versuchte Begründung ist freilich theils unrichtig, in welcher Beziehung ich auf die in diesem Paragraphen bereits gegebenen Ausführungen verweisen kann, theils gar zu unbestimmt gehalten. Man sieht aber doch, daß die Praxis bemüht war, einem Bedürfnisse des Lebens zu entsprechen. In welchem Umfange aber dem Gläubiger eine einseitige Aufhebungsbefugnis beizulegen sei, ist noch immer nicht festgestellt; eine bestimmte Antwort auf die aufgeworfene Frage noch immer nicht gefunden: vielleicht leiten uns nachstehende Betrachtungen auf den richtigen Weg.

Ich habe mir einen Rock bei einem Schneider A bestellt. Gesetzt nun, ich wäre lediglich darauf angewiesen, auf der Leistung selber nebst etwaigem Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu bestehen: was würde die Folge sein? Ich wäre, wenn der Schneidermeister A mich fortwährend hinhielte, wegen einer Leistung, die der Schneidermeister B, C, D u. s. w. wahrscheinlich mit großem Vergnügen übernehmen würden, und ebenso gut beschaffen könnten, schließlich genöthigt, den Weg Rechtens zu betreten. Ein solches Ergebnis wäre schon um deswillen bedenklich, weil das Recht dafür zu sorgen hat, daß der Richter nicht ohne Noth angegangen werde. Und wie wird es nun weiter, wenn der Gläubiger den Civilzwang in Anspruch genommen hat, der Schneidermeister aber fortwährend nicht leistet? Zunächst werden dem Schuldner vielleicht Geldstrafen angedroht, dann beigetrieben; darauf erhöht und wieder beigetrieben, eventuell beizutreiben versucht. Da dies noch nichts geholfen hat, so beginnt man damit, dem Schuldner Wache in's Haus zu legen: die erste Woche erhält er vielleicht einen Mann, die zweite Woche zwei Mann u. s. w. Aber die Kosten für dies ganze Verfahren hat zunächst der Gläubiger vorzustrecken. Auch kommt einmal der Zeitpunkt, wo die Mittel erschöpft sind. Und da ein unmittelbarer Zwang in Fällen dieser Art nicht denkbar; so kann der Richter mit all seinen Executionsmitteln schließlich doch nichts erreichen, wenn der Schneidermeister hartnäckig dabei bleibt und nicht leisten will. Was wird aber

dann aus unserer Obligation? Dann wird doch wohl nichts anders übrig bleiben, als daß der Gläubiger sich seinen Rock beim Schneidermeister B oder C oder D anfertigen läßt, statt mit A noch weiter zu prozediren. Wo aber trotz Aufbietung aller Executionsmittel ein solches Resultat möglich bleibt, wirft sich die Frage auf: wozu dieser Umweg? Denn so gut wie das Recht den Gläubiger in der Executionsinstanz darauf hinweist, den Vertrag einseitig aufzuheben; kann es ihm diese Befugnis unter Umständen auch schon vorher beilegen.

Und zwar muß diese Befugnis dem Gläubiger jedenfalls soweit zustehen, als es sich um Leistungen handelt, die einentheils doch nicht unmittelbar erzwungen werden können [80]), andererseits aber leicht anderweitig zu beschaffen sind. In solchen Fällen scheint es angemessen zu sein: daß das Recht den Gläubiger, der sich durch einseitige Aufhebung des fraglichen Vertrages und Abschluß eines neuen selber helfen will, nicht erst zum Processe nöthigt.

Dieser Satz läßt sich auch auf folgende Weise rechtfertigen. Wir haben gesehen, daß die Nichtbeachtung der Mahnung einen Anwendungsfall des negativen Civilunrechtes darbietet [81]). Der thatsächliche Bestand, das Fortbestehen der schuldigen Leistung, entspricht nicht der ideellen Anforderung des Rechts. Das Fortbestehen der schuldigen Leistung hat aufgehört, Rechtens zu sein. Vom Recht wurde Aufhebung der schuldigen Leistung durch Erfüllung verlangt; aber dieser Bestand ist thatsächlich nicht herbeigeführt. Durch die Nichtbeachtung der Mahnung ist vom gemahnten Schuldner Unrecht erzeugt worden.

Deshalb muß es vor allen Dingen Aufgabe des Rechts sein, durch Anwendung des Civilzwanges diesen rechtswidrigen Zustand, das Fortbestehen der schuldigen Leistung, zu beseitigen. Nun ist aber der Civilzwang etwas schwerfälliger Natur. Jedenfalls kommt unser Gläubiger rascher zu seinem Rock, wenn er sich ihn bei einem andern Schneider bestellt, und das Civilunrecht wird so rascher beseitigt. Allerdings wird die fragliche Obligation jetzt nicht durch Erfüllung, sondern durch Kündigung aufgehoben. Dagegen wird man indes um so weniger Einwendungen erheben wollen, als hier eine Leistung in Frage steht, die sich unmittelbar doch nicht erzwingen läßt.

Ich glaube sogar: man kann bei dem soeben gefundenen Satze

---

[80]) Vgl. in dieser Beziehung Wetzell, Civilproceß, § 50 a. E. 2. Auflage, S. 592 und oben § 73, S. 128

[81]) Bd. I, § 41, S. 422.

noch gar nicht stehen bleiben, sondern wird weiter gehen müssen. Denn Zweck einer zweiseitigen Obligation ist doch nur Vornahme einer Vermögensänderung. Gegen eine Leistung soll eine andere eingetauscht werden. Und wenn der gemahnte Schuldner die Leistung, wie sie ihm obliegt, nicht beschafft, so muß das Recht bemüht sein, das Vorhandensein der krankhaften Obligation so schnell wie möglich zu beseitigen. Daher ist meines Erachtens dem Gläubiger diese einseitige Aufhebungsbefugnis auch abgesehen von den soeben in's Auge gefaßten Fällen überall da einzuräumen, wo er den Nachweis liefert: daß er sich die fragliche Vermögensänderung schneller selber besorgen kann, als der Civilzwang hierzu im Stande ist.

Also wenn heutzutage ein Verpächter dem Pächter das verpachtete Grundstück nicht einräumen will; so steht es ihm frei, dem Verpächter gegenüber den Civilzwang anzurufen und sein Interesse wegen verspäteter Erfüllung zu liquidiren.

Andererseits muß es diesem Pächter aber auch gestattet sein, sich nach andern Pachtungen umzusehen, und wenn er eine andere ihm passende gefunden hat, so mit seinem ersten Verpächter zu sprechen: willst du nun, oder willst du nicht? Wenn du dich nicht entscheiden kannst, so nehme ich die andere mir angebotene Pachtung.

Es hätte doch wahrlich keinen Sinn, in einem solchen Falle, wo der Pächter nichts weiter, als einfache Vertragsaufhebung verlangt, ihn zu einem Processe zu nöthigen. Anders würde freilich dann die Sache stehen, wenn der Pächter sich hierauf nicht beschränken, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen wollte. Welche Grundsätze in dieser Beziehung maßgebend werden, davon wird weiter unten die Rede sein [82]).

Jetzt taucht noch die Frage auf: wie es sich heutzutage mit einem reuigen Schuldner, dessen Paulus in fr. 24 § 4 Loc. 19, 2 gedenkt, da verhält, wo der Gläubiger heutzutage berechtigt ist, den Vertrag einseitig aufzuheben. Also wenn z. B. der Gläubiger den Schuldner aufgefordert hat, die fragliche Leistung annoch binnen drei Tagen zu beschaffen; eine dreitägige Frist völlig ausreichend ist; der Gläubiger den Vertrag für den Fall gekündigt hat, daß der Schuldner diese Frist nicht einhalte; und nun der Schuldner am vierten oder fünften Tage die Leistung anbietet, während der Gläubiger noch nicht anderweitig

---

[82]) Vgl. unten § 91.

gebunden war, z. B. den Rock noch bei keinem andern Schneider bestellt hatte: muß in solchem Falle der Gläubiger in Gemäßheit von fr. 24 § 4 Loc. 19, 2 die Leistung noch annehmen, oder hat er dies nicht nöthig?

Meines Erachtens steht ein heutiger Gläubiger, welcher gekündigt hat, in dieser Beziehung gerade so da, wie ein Römischer Gläubiger, welcher auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagte. Demnach ist eine Oblation kurze Zeit nachher noch zulässig, wenn die Lage des Gläubigers noch dieselbe war.

Abgesehen also davon, daß der fragliche Nachtheil heutzutage besonders angedroht werden muß, hat sich hier zwischen Römischem und heutigem Recht folgende Verschiedenheit herausgestellt. Bei Leistungen, die doch nicht unmittelbar erzwungen werden können, andererseits aber leicht anderweitig zu beschaffen sind, befinden wir uns heutzutage anlangend die einseitige Aufhebungsbefugniß zwar ungefähr auf dem von Paulus in fr. 24 § 4 Loc. vertretenen Römischen Standpunkte. Dagegen bei Leistungen, die unmittelbar erzwungen werden können, ist der Gläubiger heutzutage zunächst auf den Civilzwang angewiesen, er könnte denn den Nachweis erbringen: daß er in der Lage sei, die fragliche Vermögensveränderung durch ein angemessenes Surrogat schneller selber zu beschaffen. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung kümmerte uns hier noch nicht.

Mit Recht hebt übrigens Windscheid[83]) hervor:

„es ist in's Auge zu fassen, ob nicht der Gläubiger dadurch besondere Rechte gewinnt, daß der säumige Schuldner zugleich in mora accipiendi sich befindet. Diese mora accipiendi kann namentlich relevant sein für die Entscheidung der Frage, ob nicht der Verkäufer die nicht abgenommene Waare weiter verkaufen dürfe[84]). Darf er es, so entsteht der Schein eines Rücktrittsrechtes, welches in der That nicht vorhanden ist."

Nur ist die Ausdrucksweise gerade keine glückliche. Denn es entsteht nicht der Schein eines Rücktrittsrechtes; es entsteht überhaupt gar kein Schein, sondern die nackte Wirklichkeit; und diese Wirklichkeit ist folgende.

Wenn der Verkäufer z. B. den gekauften Wein anbietet, und der Käufer ihn nicht nimmt; so ist der Verkäufer unter Umständen

---

[83]) **Pandekten, Bd. II, § 280, Anm. 1.**

[84]) **Vgl. oben § 71, S. 109.**

berechtigt, den Wein für Rechnung des Käufers zu verkaufen [85]). Hier wird aber zunächst nicht die Verpflichtung des Käufers, sondern dessen Berechtigung einseitig vom Verkäufer aufgehoben [86]). Bei unserer Frage handelt es sich aber nur um einseitige Aufhebung der Verpflichtung durch den Gläubiger. Allerdings hebt der Wein verkaufende Gläubiger die Berechtigung des Schuldners nur deshalb auf, um durch den Ertrag, welchen er für den Wein erzielt, später auch die Verpflichtung des Schuldners ganz oder theilweise aufzuheben. Allein diese Aufhebung der Verpflichtung erfolgt dann durch Zahlung an sich selber; wir haben es aber in unserm Falle mit keiner einseitigen Aufhebungsbefugnis durch Selbstzahlung, sondern durch Kündigung zu thun.

Ueberhaupt haben wir die Wirkungen der Oblation von denen der Mahnung scharf aus einander zu halten, in welcher Beziehung mir noch nachstehende Bemerkungen gestattet sein mögen.

So treten die Wirkungen der Oblation auch dann ein, wenn z. B. der Käufer die gekaufte Sache zu einer bestimmten Zeit beim Verkäufer entgegen nehmen sollte, sich aber nicht einstellte [87]). Auch in diesem Falle erhält also der Verkäufer unter Umständen Verkaufsbefugnis für Rechnung des Käufers.

Und ebenso wie Nichtbeachtung der Mahnung dem Gläubiger, kann Nichtbeachtung der Oblation dem Schuldner einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung verschaffen. Einen Fall dieser Art bespricht z. B. Scävola in folgender Stelle:

fr. 122 § 3 V. O. 45, 1.

> Coheredes cum praedia hereditaria diviserant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut, si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo vel ejus successori venderet centum viginti quinque: quod si quis aliter fecisset, poenam centum invicem stipulati sunt: quaero, cum coheres mulier coheredis liberorum tutores saepius testato convenerit et desideraverit, ut secundum conventionem

---

85) fr. 1 § 3 de per. et comm. 18, 6; fr. 8 de trit. 33, 6. H. G. B. Art. 343.

86) Vgl. oben § 71, S. 109.

87) fr. 4 § 2 de per. 18, 6. Vgl. dazu Bd. I, S. 96.

aut emant aut vendant, hique nihil tale fecerint, an si mulier extero vendiderit, poena ab ea centum exigi possit. respondit secundum ea quae proponerentur obstaturam doli mali exceptionem.

Hiernach haben zwei Miterben ein Grundstück gemeinschaftlich behalten und ausbedungen: wer seinen Theil verkaufen wolle, solle ihn erst seinem Miterben anbieten. Miterbe A hat für seinen Antheil einen Käufer gefunden, bietet aber zuvor sein Miteigenthum der Vereinbarung gemäß dem Miterben B wiederholt an; A thut sogar ein Uebriges, indem er sich auch bereit erklärt, dem B seinen Theil abzukaufen. Wenn nun der B auf ein solches Anerbieten sich gar nicht erklärt, so ist der A berechtigt, den Vertrag einseitig aufzuheben.

Scävola hebt nicht besonders hervor, daß die einseitige Aufhebung durch Kündigung von A besonders angedroht sei; obwohl seine Darstellung nahe legt, sich den Hergang so zu denken. Jedenfalls werden wir vom Standpunkte des heutigen Rechtes aus nach Analogie der für die Mahnung geltenden Grundsätze auch für die Oblation bei der in Frage stehenden Wirkung besondere Androhung erfordern müssen, falls nicht Erklärungen des Gläubigers vorliegen, die eine derartige Androhung von vorne herein als nutzlos erscheinen lassen.

Verwandt mit obigem ist der von Scävola in fr. 135 § 2 [88]) besprochene Fall. Denn auch hier stehen Wirkungen der Oblation zur Frage [89]), da Lucius Titius verpflichtet war, das Geld an einem bestimmten Tage der Seja zu bringen, sich aber nicht eingestellt hatte.

Auch in folgendem vom Rostocker O. A. G. entschiedenen Falle [90]) handelt es sich um Wirkungen der Oblation.

F hat dem B zum Johannistermine 1857 eine Anleihe von 500 Thalern zugesagt, dabei aber ausdrücklich vereinbart: daß dem B das auszuleihende Capital erst nach voraufgängiger Intabulation auf dessen Wohnhaus gegen Aushändigung der Stadtbuchschrift hingegeben werden soll. Dem B gelang es nicht, die Intabulation der 500 Thaler während des Termines zu erwirken; er sah sich daher veranlaßt, wiederholte Fristbitten an F zu richten, wobei er in einem Schreiben vom 3. Juli 1857 als Grund der Verzögerung angab, daß das Haus, auf welches das Capital eingetragen werden sollte, noch

---

[88]) Vgl. zu dieser Stelle Bd. I, S. 9—13

[89]) arg. fr. 4 § 2 de per. 18, 6.

[90]) Siehe Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. III, Nr. 31.

nicht auf seinen Namen umgeschrieben sei. F lehnte in Folge dessen die Realisirung des verabredeten Anleihegeschäftes ab und weigerte die Hergabe des Geldes. Dem B war erst im August 1857 die Herbeischaffung der Stadtbuchschrift möglich geworden.

Hier hatte F gar nicht gemahnt; gleichwohl war er durchaus berechtigt, den Vertrag einseitig aufzuheben, wenn er nur das Geld im Termine in Bereitschaft hatte. Denn von ihm konnte nicht verlangt werden, daß er die verheißene Summe auf unbestimmte Zeit für den B bereit halte.

Ferner bezieht sich Art. 571 des H. G. B. auf die Wirkungen der Oblation.

Ueberhaupt zeigen die besprochenen Beispiele, daß das Gebiet der Oblation und Mahnung, anlangend die einseitige Aufhebungsbefugnis, nicht zusammenfällt. Bei der Mahnung hatten wir vorzugsweise darauf zu sehen: ob es sich um eine unmittelbar erzwingbare Leistung handle, oder nicht. Dagegen bei der Oblation wird der Gesichtspunkt maßgebend, ob man vom Schuldner verlangen könne, daß er fortwährend in einem anbietenden Zustande verharre.

Und gerade weil das Gebiet der Oblation und Mahnung bei der in Frage stehenden Wirkung aus einander fällt, ist es um so nöthiger, beide hier auseinanderzuhalten. Auf eine nähere Abgrenzung des Gebietes der Oblation in der fraglichen Beziehung kann ich mich freilich nicht einlassen.

Endlich wäre hier des Handelsgesetzbuches zu gedenken.

Nach Art. 355 hat der Käufer unbedingt die Befugnis, den Vertrag einseitig durch Kündigung aufzuheben:

„wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist."

Diese Begünstigung des Handelskaufes läßt sich dadurch rechtfertigen: daß der Kaufmann meistens kauft, um wieder zu verkaufen. Wenn also der Verkäufer nicht erfüllen will, so könnte möglicherweise der Kaufmann in seinem Betriebe gestört werden, wollte man ihm nicht gestatten, die Waare, deren er bedarf, sich anderweitig zu verschaffen. Freilich hätte man dann erwarten sollen, daß auch nur der zum Zwecke der Weiterveräußerung abgeschlossene Handelskauf des Kaufmannes in dieser Weise begünstigt wäre, nicht aber jedes Rechtsgeschäft, welches nur auf der Seite eines der Contrahenten ein Handelskauf ist.

Nach Art. 356 hat der Verkäufer unbedingt die Befugnis, den Vertrag einseitig durch Kündigung aufzuheben:

„wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Waare noch nicht übergeben".

Hier fällt zunächst auf: weshalb das H. G. B. die einseitige Aufhebungsbefugnis nicht unbedingt an die Nichtbeachtung der Oblation geknüpft, und etwa folgenden Satz aufgestellt hat: Ist der Käufer mit der Empfangnahme der Waare im Verzuge, so kann der Verkäufer von dem Vertrage abgehen, als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Man setze z. B. folgenden Fall. Die Waare soll am 23. März übergeben werden, die Zahlung aber erst am 1. April erfolgen. Wenn jetzt der Käufer am 23. März die Abnahme der Waare verweigert, so ist der Verkäufer in Gemäßheit von Art. 343 zwar berechtigt, die Waare für Rechnung des Käufers verkaufen zu lassen; das H. G. B. räumt ihm aber nicht die Befugnis ein, vom Vertrage abzugehen, als wäre derselbe nicht abgeschlossen. In wie fern demnach im Handelsverkehr eine Nichtbeachtung der Oblation dem Verkäufer die Befugnis gewährt, den Kaufvertrag einseitig durch Kündigung aufzuheben: darüber entscheiden ganz die gemeinrechtlichen Grundsätze.

Andererseits bedarf es einer Erklärung, weshalb die einseitige Aufhebungsbefugnis des Verkäufers schon dann eintreten soll, wenn der Käufer eine Mahnung unbeachtet ließ. Also wenn z. B. der Käufer am 23. März zu zahlen hatte, eine hierauf gerichtete Mahnung aber unbeachtet ließ; der Verkäufer die Waare aber erst am 1. April zu liefern hatte: berechtigt gleichwohl das Verhalten des Käufers am 23. März den Verkäufer, den Kaufvertrag einseitig aufzuheben.

Vorausbezahlung des Kaufpreises pflegt da verabredet zu werden: wo der Verkäufer entweder dem Käufer nicht recht traut, oder wo die verkaufte Waare mit dem Kaufgelde überall erst angeschafft werden soll.

Also wenn die am 1. April zu liefernde Waare mit dem am 23. März zu zahlenden Kaufpreise erst angeschafft werden sollte, und der Käufer seinen Verpflichtungen am 23. März nicht nachkommt; so muthet das H. G. B. dem Verkäufer nicht zu, gleichwohl für Anschaffung der Waare Sorge zu tragen, sondern berechtigt ihn zur Aufhebung des Vertrages.

Oder wenn der Verkäufer dem Credite des Käufers nicht traute,

und deshalb Vorausbezahlung bedang, der Käufer aber seinen Verbindlichkeiten nicht rechtzeitig nachkam; so muthet das H. G. B. dem Verkäufer nicht zu, sich mit einem solchen Käufer länger zu befassen, sondern berechtigt ihn, anderweitig über die Waare zu verfügen.

In Fällen beiderlei Art kann indes die Sache leicht so liegen: daß dem Gläubiger diese einseitige Aufhebungsbefugnis bereits bei Eingehung des Vertrags stillschweigend eingeräumt wurde. Unter dieser Voraussetzung handelt es sich jedenfalls nicht um eine gesetzliche Wirkung unserer Mahnung, und ebenso wenig würde dann eine Fristeinräumung zur Nachholung des Versäumten erforderlich sein. Gleichwohl ist es auch für diese Fälle von Wichtigkeit, daß das Gesetz dem Verkäufer die einseitige Aufhebungsbefugnis beigelegt hat. Denn er wird häufig lieber eine kleine Frist bewilligen, als sich in Erörterungen darüber einlassen: ob ihm die betreffende Befugnis schon stillschweigend eingeräumt sei.

So sind wir denn zu folgenden Ergebnissen gelangt.

Es gibt Obligationen, die zwar durch bloßen Zeitablauf noch nicht aufgehoben werden, die aber durch einfache Erklärung des Gläubigers, Kündigung, aufgehoben werden können, wenn sie zu einer mehr oder weniger bestimmten Zeit nicht erfüllt sind, sofern der Gläubiger sich eine derartige Kündigungsbefugnis entweder ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen hat. In vielen Fällen wird es aber ungewiß sein, wie viel Zeit verfließen muß, damit der Gläubiger diese Befugnis erlange. Hier ist es nun, wo unsere Mahnung eingreift. Jedoch reicht die gewöhnliche Mahnung nicht aus, dem Gläubiger diese einseitige Aufhebungsbefugnis zu verschaffen, es handelt sich hier vielmehr um einen außerordentlichen Nachtheil, der besonders angedroht werden muß.

Fragen wir aber näher nach den Voraussetzungen, unter denen die mit Androhung verbundene Mahnung diese Wirkung zur Folge haben könne; so müssen wir diese einseitige Aufhebungsbefugnis dem Gläubiger jedenfalls soweit einräumen, als er einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat; aber auch drüber hinaus in allen den Fällen, wo es sich um Leistungen handelt, die nicht unmittelbar erzwingbar, aber anderweitig leicht zu beschaffen sind; oder wo wenigstens der Gläubiger nachweisen kann: daß er sich selber viel schneller helfen kann, als dies bei Anwendung des Civilzwanges möglich ist. Das Römische Recht gibt uns freilich in dieser Beziehung noch

keine genügende Auskunft. Auch müssen wir die Wirkungen der Oblation hier sorgfältig fern halten.

Nach dem H. G. B. hat der Käufer unbedingt die Befugnis, den Vertrag einseitig durch Kündigung aufzuheben, wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge ist. Und ebenso ist dem Verkäufer dieselbe Befugnis beigelegt, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Waare noch nicht übergeben ist.

Wie es sich in Gemäßheit von Art. 359 bei theilweiser Erfüllung verhält, davon ist bereits oben § 72 die Rede gewesen.

§ 88.
Interesse. Römisches Recht.

Zunächst knüpfe ich hier an dasjenige wieder an, was ich bereits früher [1]) über die auf's Interesse angelegten Obligationen vorbrachte.

Es gibt Obligationen, die von der Fälligkeit an auf's Interesse gehen. Die Wirkung der Mahnung in dieser Beziehung erscheint nur als Ausfluß eines höheren Princips; sie wirkt nur, wenn und soweit sie die Fälligkeit der Obligation herbeiführt.

Als eine solche Obligation lernten wir die Verkaufsverpflichtung kennen. Freilich ist in dem hierfür hauptsächlich in Betracht kommenden, von Paulus herrührenden fr. 21 § 3 A. E. V. 19, 1 nicht recht klar: was dieser Rechtsgelehrte eigentlich unter der aestimatio quae modo circa ipsam rem consistit, sich gedacht haben mag. Es handelt sich hier um marktgängige Waaren, und es wäre möglich: daß Paulus weniger den Interessebegriff, als ein Interesse-Surrogat im Sinne hatte [2]). Gleichwohl kann es angesichts z. B. von fr. 1 pr., fr. 31 § 1 A. E. V. 19, 1 und c. 10 C. eodem 4, 49 nicht wohl zweifelhaft sein: daß nach Römischem Recht auch die Mahnung bei der Verkaufsverpflichtung einen Anspruch auf's Interesse hervorrief.

Ebenso ist die Verpflichtung des Vermiethers eine auf's Interesse angelegte Obligation [3]); und hier geschieht in dieser Beziehung unserer Mahnung auch ausdrücklich Erwähnung [4]).

---

[1]) Bd. I, § 11, S. 92—102.

[2]) Vgl. oben § 68, S. 79 al. 5.

[3]) fr. 7, 8, 9 pr., fr. 15 § 8 Loc. 19, 2.

[4]) fr. 24 § 4 Loc. 19, 2.

Dagegen gehört das früher von mir ebenfalls hierher gestellte [5]) fr. 3 de in lit. jur. 12, 3, welches sich auf die Verpflichtung des Depositars bezieht, genau genommen nicht hierher: da hier nicht Wirkungen der Mahnung, als solcher, sondern des durch die Mahnung hervorgerufenen Dolus in Frage stehen. Die Mahnung geht hier im Begriffe dolus gleichsam auf. Auch handelt es sich um eine Geldschuld; wir haben aber bereits gesehen: daß die Mahnung des Römischen Rechtes bei den gutgläubigen Obligationen, sofern sie auf Geld gingen, im allgemeinen keinen Interesseanspruch, sondern nur einen Anspruch auf Zinsen erzeugte. Ferner haben wir es hier nicht mit einem reinen Interesseanspruch, sondern einem vom Kläger beschwornen zu thun. Freilich überzeugten wir uns gleichfalls schon: daß das jusjurandum in litem bei gutgläubigen Geldschulden ursprünglich ebenso wenig werde stattgefunden, „cum certa sit nummorum aestimatio"; und daß wir in dieser Beziehung in unserer Stelle eine sehr junge, vermuthlich erst von Ulpian herrührende Rechtsbildung vor uns haben [6]). Das Römische Recht hätte also an sich betrachtet in späterer Zeit auch die Entwicklung nehmen können: daß es bei den gutgläubigen Geldobligationen an die Mahnung, als solche, einen Interesseanspruch geknüpft hätte. Diese Entwicklung treffen wir aber hier noch nicht an.

Als eine weitere Obligation, die von der Fälligkeit an auf's Interesse ging, und wo daher auch die Mahnung einen Interesseanspruch erzeugte, lernten wir die incerte Stipulation kennen [7]). Diesen Rechtssatz bezeugt Ulpian für die Stipulationen boni viri arbitratu collationem fieri [8]), ferner insulam fulciri, insulam fieri [9]), sowie fundum praestari [10]).

Weiter wird man hierher stellen können das von Paulus herrührende fr. 12 § 1 Si quis caut. 2, 11, da der hier besprochene Fall so zu denken ist, daß es zur Herbeiführung der Fälligkeit mindestens einer versuchten Mahnung bedurfte [11]). Dagegen ist auszu-

---

[5]) Bd. I, S. 98, 99.

[6]) Vgl. oben § 64, S. 24.

[7]) Bd. I, S. 96—98.

[8]) fr. 5 § 1 de coll. 37. 6, vgl. mit fr. 5 § 3 eodem.

[9]) fr. 72 § 2 V. O. 45, 1, vgl. mit fr. 114 eodem.

[10]) fr. 114 V. O. 45, 1.

[11]) Siehe Bd. III, § 105.

scheiden das früher [12]) hierhergezogene fr. 113 § 1 V. O. von Proculus, wie in einem andern Zusammenhange gezeigt werden soll [13]).

Anlangend den incerten Charakter der fraglichen Stipulationen, so tritt derselbe bei allen klar hervor, da es sich bei allen um ein facere handelt [14]). In Bezug auf einzelne Stipulationen kann auch auf frühere Ausführungen verwiesen werden [15]).

Bei diesen bisher betrachteten Obligationen, die von der Fälligkeit an auf's Interesse gehen, hat der Interesseanspruch keineswegs nothwendig Verschuldung auf Seiten des Schuldners zu seiner Voraussetzung. Das Wesen dieser Obligationen besteht vielmehr darin: daß der Interesseanspruch von der Fälligkeit an datirt, selbst wenn den Schuldner gar keine Verschuldung treffen sollte. Dies gilt namentlich auch für die Verpflichtung des Verkäufers und des Vermiethers. Für die erstere wird dies bewiesen durch Stellen wie fr. 1 pr. A. E. V. 19, 1 [16]), für die letztere z. B. durch fr. 9 pr. Loc. Cond. 19, 2 [17]).

Ebenso wenig ist für diesen Interesseanspruch bei Leistungen, welche der Schuldner beim Gläubiger vorzunehmen hat, erforderlich: daß eine festbestimmte Erfüllungszeit verabredet worden [18]). In welcher Beziehung indes hervorgehoben werden muß: daß es sich hier zunächst nur um Nichtgeldleistungen handelt. Wie denn der Interesseanspruch bei den Geldleistungen nach Römischem Recht überhaupt nur sehr ausnahmsweise vorkam.

Uebrigens mag noch bemerkt werden: daß im Obigen die Ausdrücke Verpflichtung des Verkäufers und Vermiethers nicht dem weiten Umfange von Verpflichtungen entsprechen sollten, welcher nach Römischem Formalismus mittelst der actiones ex emto bezw. ex conducto namentlich in späterer Zeit geltend gemacht werden konnte. Unter Verpflichtung des Verkäufers habe ich vielmehr nur die Verpflichtung zur Tradition der verkauften Sache, und unter

---

[12]) Siehe Bd. I, S. 97.

[13]) Siehe Bd. III, § 105.

[14]) fr. 75 § 7 V. O. 45, 1.

[15]) In Bezug auf die Stipulation collationem fieri vgl. z. B. Bd. I, S. 473—476, und in Bezug auf die Stipulation fundum praestari Bd. I, S. 98; Bd. II, S. 15.

[16]) Siehe Bd. I, S. 420 und sonst. Mommsen, Interesse, S. 75.

[17]) Vgl. zu dieser Stelle Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung, S. 233, Anm. 7, und S. 381, Anm. 16.

[18]) Siehe Bd. I, S. 94

Verpflichtung des Vermiethers nur die Verpflichtung zur Einräumung der vermietheten Sache, welche Verpflichtungen durch unsere heutige Erfüllungsklage erzwungen werden, verstanden wissen wollen. Nach Römischem Formalismus waren aber die actiones ex emto und ex conducto bekanntlich in viel weiterem Umfange zulässig. So wird z. B. in fr. 19 § 6 Locati 19, 2 eine actio ex conducto auf Rückerstattung im voraus gezahlten Miethsgeldes gewährt, weil das vermiethete Haus eingestürzt oder abgebrannt war. Genau genommen liegt hier die Sache aber so: daß durch den Einsturz oder das Abbrennen des Hauses der Miethvertrag aufgehoben ist, die actio ex conducto also nur die Stelle einer Art condictio causa data causa non secuta vertritt [19]). Und ähnlich finden anderswo die Kaufs- und Miethsklagen statt der condictio ob turpem causam Verwendung [20]).

Abgesehen nun von den bisher berücksichtigten Obligationen, die von der Fälligkeit an auf's Interesse gehen, kennt das Römische Recht auch eine ganze Reihe selbst gutgläubiger Obligationen, mit denen es nicht schon von der Fälligkeit an einen Interesseanspruch verknüpft, wo dieser Interesseanspruch vielmehr Verschuldung auf Seiten des Schuldners zu seiner Voraussetzung hat: nämlich in solchen Fällen, wo es sich um Rückgabe einer Sache handelt. So hat z. B. ein Pfandgläubiger an sich nur die Früchte zu erstatten, welche er wirklich zog, oder hätte ziehen müssen [21]); das Interesse aber nur dann zu ersetzen, wenn ihn ein Verschulden traf [22]). Aehnlich verhält es sich mit der Verpflichtung des Ehemannes zur Herausgabe der Mitgift. Allerdings hat die Mahnung hier insofern Wirkungen gehabt, als sie den Ehemann für Zufall verantwortlich machte [23]), und der an sich activunvererbliche Anspruch activvererblich wurde [24]). Soweit es sich aber um einen Zuwachs zur alten Obligation handelt, ist dieser Anspruch, abgesehen von Verschuldung [25]), von den Römischen Rechtsgelehrten in

---

[19]) Vgl. unten § 97; Mommsen, Interesse, S. 74.

[20]) fr. 9 § 1 de cond. ob turpem c. 12, 5.

[21]) fr. 22 § 2 de pign. act. 13, 7; c. 3 C. de pign. act. 4, 24; c. 2 de partu pignoris 8, 25; Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 382.

[22]) c. 5 C. de pign. act. 4, 24; Mommsen, Interesse, S. 82.

[23]) fr. 25 § 2, fr. 26 S. M. 24, 3.

[24]) Siehe oben § 75, § 76.

[25]) fr. 25 § 1 S. M. 24, 3, vgl. mit fr. 2 § 1 de in lit. jur. 12, 3. Czyhlarz, Dotalrecht, S. 260 fgg. Mommsen, Interesse, S. 83.

der Weise entwickelt worden: daß sie weder auf den Interessebegriff noch die Mahnung zurückgingen, sondern mehr den Bereicherungsstandpunkt zu Grunde legten. Der Ehemann hat das herauszugeben, um was er nach der Scheidung reicher geworden ist [26]), z. B. die gezogenen Früchte [27]). Und noch im Justinian'schen Rechte verhält es sich mit dem Dotalanspruch gerade so, da Justinian in c. un. § 7 C. de rei ux. act. 5, 13 [28]), sowohl vom Interessebegriff, als der Mahnung absieht. Weiter mag hier noch der Verpflichtungen des Depositars und Commodatars [29]) gedacht werden. Bei diesen Obligationen entsteht also nach Römischem Recht ein Interesseanspruch nur im Falle der Verschuldung, unserer Mahnung geschieht hier in den Quellen in dieser Beziehung nirgends Erwähnung; gleichwohl ist die Frage keine müssige: ob und wiefern unsere Mahnung hier möglicherweise für den Interesseanspruch, den die Contractsculpa hervorrief, von Bedeutung werden könnte.

Bei Erörterung dieser Frage will ich von folgender Ulpian'schen Stelle ausgehen.

fr. 5 pr. Comm. 13, 6.

> Si ut certo loco vel tempore reddatur commodatum convenit, officio judicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat.

Ulpian sagt also allgemein: der Geschworne müsse bei der Commodatsklage auf die bestimmt verabredete Erfüllungszeit Rücksicht nehmen. Setzen wir nun einmal folgenden Fall. Der Schuldner sei verpflichtet, das geliehene Klavier zum 30. November wieder in die Wohnung des Gläubigers schaffen zu lassen. Am 15. November wurde dies Klavier durch Verschulden des Commodatars stark beschädigt. Hier entsteht zwar für den Gläubiger sofort am 15. November ein Anspruch auf Schadensersatz. Dieser Schadensersatz umfaßt aber noch nicht das Verzugsinteresse [30]), für dieses kommt vielmehr die verabredete Erfüllungszeit in Betrachtung.

So gut wie verabredete Erfüllungszeit kann aber auch unsere Mahnung hier eingreifen. Man setze: das Klavier sei auf unbestimmte

---

[26]) Siehe Czyhlarz, a. a. O., S. 227 fgg.

[27]) Vgl z. B. fr. 31 § 4 S. M. 24, 3.

[28]) Vgl. zu dieser Stelle Czyhlarz, a. a. O., S. 389.

[29]) fr. 38 § 10 Us. 22, 1. Vgl. oben § 82, S. 268. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 378, § 375.

[30]) Vgl. über diesen Begriff Bd. I, S. 91.

Zeit geliehen, die Beschädigung hätte sich am 15. November zugetragen, und die Mahnung wäre am 30. desselben Monats erfolgt. Hier entsteht auch am 15. November sofort ein Anspruch auf Schadensersatz; das Verzugsinteresse wird aber erst von der Mahnung an datirt [31]).

Wieder eine andere Bewandtnis als mit den bisher in's Auge gefaßten Obligationen-Gattungen hat es mit den Vermächtnissen. Hier im Falle der Verschuldung einen Interesseanspruch zu gewähren, unterliegt vom Standpunkte des Justinian'schen Rechtes aus durchaus keinen Bedenken. Dagegen für das vorjustinian'sche Recht ist zwischen den einzelnen Vermächtnisarten zu unterscheiden, was meistens gar nicht beachtet, oder doch nicht hinlänglich hervorgehoben wird [32]). So erzeugte beim Damnationslegat auf res certa die Verschuldung des Beschwerten ebenso wenig wie eine Nichtbeachtung der Mahnung zu Zeiten der Pandekten-Juristen einen Interesseanspruch, sondern nur einen Anspruch auf den Sachwerth [33]).

Andererseits reicht zwar bei den Vermächtnissen die bloße Fälligkeit nicht hin, um einen Interesseanspruch zu begründen, wohl aber finden wir diesen Anspruch hier mit unserer Mahnung in Verbindung gebracht, nämlich beim Nießbrauchslegat wie beim Fideicommiß.

Für das Fideicommiß bezeugen uns diesen Satz Scävola [34]) und Paulus [35]): Scävola für das Singularfideicommiß, Paulus für das Fideicommiß im allgemeinen. Für das Nießbrauchslegat kommt in dieser Beziehung eine Stelle des Pomponius [36]) und eine des African [37]) in Betracht, mit denen wir uns bereits oben [38]) ausführlich beschäftigen mußten.

Schließlich wäre noch des Constituts und der actio de eo quod certo loco zu gedenken.

Während nämlich im allgemeinen das Römische Recht bei Geld-

---

[31]) Vgl. Bd. I, S. 91, 92.

[32]) Z. B. nicht von Windscheid, Pandekten, Bd. III, § 647. Mommsen, Interesse, S. 95 fgg.

[33]) Vgl. z. B. fr. 47 § 2 Leg. I Worte: debebit aestimationem ejus praestare, und oben § 63, S. 16.

[34]) fr. 35 pr. Leg. III.

[35]) fr. 26 Leg. III.

[36]) fr. 47 de usufr. 7, 1.

[37]) fr. 36 § 2 de usufr. 7, 1.

[38]) Siehe § 86 unter III, S. 325 fgg.

obligationen keinen Interesseanspruch kennt, verhält sich dies anders hinsichtlich des Constituts und der actio de eo quod certo loco.

Was nun das Constitut anbetrifft, so wird zunächst der Interesseanspruch ausdrücklich anerkannt bei einer Nichtgeldleistung, und hier mit unserer Mahnung in Verbindung gebracht [39]). Aber auch für Geldleistungen charakterisirt Bruns [40]) die Constitutsklage als „eine Klage auf das Interesse wegen der Nichtzahlung zu dieser (d. i. der bestimmt vereinbarten) Zeit". Freilich ist in dieser Beziehung von einem Interesseanspruch in den Quellen nirgends ausdrücklich die Rede. Gleichwohl gestatten Stellen wie fr. 16 § 4 und fr. 18 pr. de pec. const. 13, 5 [41]) wenigstens für das spätere Recht wohl kaum einen Zweifel an der Richtigkeit der Bruns'schen Auffassung; ich weiß zum mindesten nicht anzugeben, wie man diese Stellen sonst erklären soll.

Eine andere Geldleistung, bei der wir schon nach Römischem Recht einem Interesseanspruch begegnen, ist die, welche mit der actio de eo quod certo loco geltend gemacht werden konnte, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß es sich um pecunia trajecticia handelt [42]).

Wir sahen: bei Nichtgeldleistungen, welche der Schuldner beim Gläubiger vorzunehmen hat, kann ein Interesseanspruch nach Römischem Recht durch Nichterfüllung schon dann entstehen, wenn die vereinbarte Erfüllungszeit auch mehr unbestimmter Natur ist. Si res vendita non tradatur heißt es z. B. in fr. 1 pr. A. E. V. nicht etwa: si res vendita certo tempore non tradatur [43]). Wie verhält es sich in dieser Beziehung nach Römischem Recht bei den Geldleistungen, wo wir auf den Interessebegriff stoßen?

Hier ist nun zunächst hinsichtlich des Constituts anzumerken, daß ein Constitutum sine die so behandelt wurde [44]):

> sed modicum tempus statuendum est non minus decem dierum, ut exactio celebretur.

---

39) fr. 14 § 2 de pec. const. 13, 5,

40) Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 63.

41) Vgl. dazu Bd. I, S. 101.

42) fr. 2 § 8 de eo quod certo loco 13, 4 (Ulp.). Vgl. dazu oben § 79, S. 221. Vgl. ferner fr, 8, fr. 10, fr. 4 pr. eodem und dazu Bd. I, S. 261—279.

43) Vgl. Bd. I, S. 94.

44) fr. 21 § 1 de pec. const. 13, 5; Bruns a. a. O., S. 62.

Es ist also ein Zeitraum von mindestens zehn Tagen abzuwarten, bevor die Einklagung vor sich gehen kann. Ein Zeitraum von mindestens zehn Tagen ist aber ein Zeitraum mehr unbestimmter Natur, etwa wie wenn jemand heutzutage im Laufe der nächsten Woche Zahlung verspräche (vgl. Bd. I, S. 133); und so könnte es scheinen: als ob nach Römischer Anschauung der bloße Ablauf einer mehr unbestimmten Zeit beim Constitutum hinreichend gewesen wäre, um auch bei Geldleistungen einen Interesseanspruch hervorzurufen.

Andererseits wissen wir aber auch, daß eine Constitutsklage noch durch nachträgliches Anerbieten abgewandt werden konnte, wo die Billigkeit dies zu fordern schien[45]). Und sollte es nun wohl von Seiten eines Römischen Schuldners, der ein so unbestimmtes Constitut eingegangen war, ein so unbilliges Verlangen gewesen sein: wenn er etwa nach Ablauf der zehn Tage von seinem Gläubiger eine kleine Erinnerung abgewartet hätte, dann aber sofort sich zur Zahlung entschloß? M. a. W.: sollten in Fällen dieser Art die Römer den Interesseanspruch nicht vielmehr erst von der Mahnung an datirt haben? Denn ein Schuldner, der ein so unbestimmtes Constitutum eingegangen war, konnte doch kaum ohne weiteres voraussetzen: daß sein Gläubiger das Geld zu einer ganz bestimmten Zeit dringend bedürfe.

Anlangend sodann die actio de eo quod certo loco, so sind auch hier zwar Fälle denkbar: wonach ein Schuldner verpflichtet gewesen wäre, ein Schiffsdarlehen einem Gläubiger an einem dritten Orte zu einer mehr unbestimmten Zeit unaufgefordert wieder zuzustellen z. B. bei Ankunft eines bestimmten Schiffes. Jedenfalls werden dies aber seltene Fälle gewesen sein. Denn den gewöhnlichen Fall wird man sich doch so zu denken haben: daß zur Rückzahlung des Darlehens eine bestimmte Zeit festgesetzt war, oder daß bei mehr unbestimmter Zeit der Gläubiger mahnen, mindestens eine Mahnung versuchen mußte[46]). Jedenfalls sind uns keine Stellen überliefert, aus denen wir ersehen könnten: wie die Römer es in andern, allerdings abstract möglichen Fällen gehalten hätten.

So ist es denn vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus mindestens eine zweifelhafte Frage: ob die Römer in den seltenen Fällen, wo sie bei Geldleistungen überall einen Interesseanspruch kennen,

---

[45]) fr. 17 de pec. const. 13, 5. Vgl. Bruns a. a. O., S. 64.
[46]) Vgl. Bd. I, S. 264.

diesen auch bei mehr unbestimmter Erfüllungszeit ohne Mahnung schon zulassen. Die Frage kann indes um so mehr auf sich beruhen bleiben, als wir hier jedenfalls für das heutige Recht an dem Satze „der Tag mahnt für den Gläubiger" einen Stützpunkt haben, wie unten näher dargethan werden soll [47]).

So sind denn vom Interessebegriff aus im Römischen Recht folgende vier Obligationen-Gattungen zu unterscheiden:

1) Obligationen, welche von der Fälligkeit an auf's Interesse gehen.

2) Obligationen, bei denen es sich um Rückgabe einer Sache handelt, wo der Interesseanspruch auf Seiten des Schuldners Verschuldung zu seiner Voraussetzung hat.

3) Obligationen, welche aus Vermächtnissen entspringen, wo zwar die Mahnung, nicht aber jede Fälligkeit hinreicht, einen Interesseanspruch zu begründen.

4) Geldobligationen, bei denen das Römische Recht nur ganz ausnahmsweise einen Interesseanspruch zuläßt.

Es konnte hier nicht meine Aufgabe sein: die einzelnen Obligationen, welche zur ersten und zweiten Klasse gehören, sämmtlich aufzuzählen. Eine derartige Arbeit gehört in eine Monographie über's Interesse. Mommsen [48]) und Cohnfeldt [49]) haben in dieser Beziehung freilich viel zu sehr generalisirt. Mir konnte es hier nur darauf ankommen: das Vorhandensein dieser vier Obligationen-Gattungen, und das Verhältnis unserer Mahnung zu denselben darzulegen. Dazu waren aber obige Bemerkungen ausreichend.

Sehen wir uns jetzt noch einmal um: bei welchen einzelnen Obligationen wir im Corpus juris den Interesseanspruch in Verbindung mit unserer Mahnung angetroffen haben — so waren dies die folgenden:

1) die Verpflichtung des Vermiethers und wahrscheinlich auch die des Verkäufers,

2) die incerte Stipulation,

3) das Nießbrauchslegat,

4) das Fideicommiß,

---

[47]) Vgl. unten § 89.

[48]) Interesse, S. 72 fgg. und sonst.

[49]) Die Lehre vom Interesse, S. 231 und sonst.

5) das Constitutum, und

6) die actio de eo quod certo loco.

Nachdem somit das Gebiet dieser Mahnungswirkung festgestellt worden, gehe ich dazu über: den Inhalt des Interesseanspruches näher darzulegen — und will mit den Geldleistungen beginnen.

Da es nun, wie wir gesehen haben, für das Constitut an Stellen fehlt, welche diesen Interesseanspruch ausdrücklich bei Geldleistungen anerkennen, sind wir in dieser Beziehung auf die actio de eo quod certo loco beschränkt; und hier ist über den Inhalt des Interesseanspruches auch nur in einer einzigen Stelle, nämlich fr. 2 § 8 de eo quod certo loco 13, 4, Näheres enthalten.

Es hat jemand in Rom ein Schiffsdarlehen gegeben, um es in Ephesus zurückzuempfangen. Die Zahlung in Ephesus bleibt aus: mag man nun annehmen, daß eine wirkliche Mahnung vorgekommen, oder eine Mahnung nur versucht war (mora tua). In diesem Falle hat der Gläubiger einmal Anspruch darauf, daß ihm seine Vermögensverminderung (damnum) erstattet werde. Es wollte z. B. der Schiffsdarlehnsgläubiger mit dem in Ephesus zurückzuempfangenden Schiffsdarlehen seinerseits eine Schuld decken, für deren rechtzeitige Berichtigung er bei Strafe aufkommen mußte, oder für die er Pfänder bestellt hatte. Nun sind aber die Pfänder verkauft, vielleicht zu einem Spottpreise, weil der Fiscus der Gläubiger war, „vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est“. Es muß also der Fiscus zur Zeit Ulpian's die Befugnis gehabt haben, Pfänder zu verschleudern, und wesentlich anders dagestanden haben, wie ein Privatmann [50]). Später wurden freilich auch der Willkür des Fiscus in dieser Beziehung Schranken gezogen [51]).

Außer auf Vermögensverminderung hat aber der Gläubiger auch darauf Anspruch, für verhinderte Vermögensvermehrung (lucrum) schadlos gehalten zu werden. Er wollte z. B. mit dem zurückzuempfangenden Darlehen in Ephesus Waaren einkaufen, auf die er so und so viel verdient hätte.

Ich wende mich jetzt zu den Nichtgeldleistungen und habe in dieser Beziehung zunächst wieder an einen Unterschied zwischen heutigem und Römischem Proceßrecht zu erinnern, den hervorzuheben ich bereits

---

[50]) In Bezug auf diesen vgl. z. B. c. 3 Si vend. pign. ag. 8, 30.

[51]) c. 16 C. de resc. vend. 4, 44 vom Jahre 392.

im vorigen Paragraphen und sonst Gelegenheit fand. Im ordentlichen Civilverfahren gab es nämlich in Rom nur eine Verurtheilung in Geld [52]); die geschuldete Nichtgeldleistung ward also in eine Geldleistung umgewandelt. Wo es sich demnach um einen Interessanspruch handelte, hatte der Römische Geschworne von diesem Gesichtspunkte aus die Nichtgeldleistung in eine Geldleistung umzusetzen. Es gab mithin bei Obligationen, die im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden mußten, im allgemeinen keinen Interessanspruch wegen verspäteter Erfüllung, sondern nur einen Interessanspruch wegen Nichterfüllung.

So wird in fr. 21 § 3 A. E. V. 19, 1 eine Verkaufsverpflichtung vom Interessestandpunkt aus (vielleicht auch nur dem eines Surrogates) in eine Geldleistung umgewandelt.

Ferner wird in fr. 36 § 2 und fr. 47 de usufr. 7, 1 der Werth einer Nießbrauchsobligation vom Interessestandpunkt aus in Geld abgeschätzt; und dasselbe Schicksal hat der Anspruch aus einer Collationsstipulation [53]).

Diese Umwandlung einer Nichtgeldleistung in eine Geldleistung wurde in früherer Zeit bei Leistungen von längerer Dauer dadurch hinausgeschoben, daß man eine Klage erst zuließ, nachdem die zur Leistung erforderliche Zeit bereits abgelaufen war; ein Satz, der damit zusammenhing, daß ein Römischer Geschworner von Haus aus nur in Fälliges verurtheilen konnte [54]). Auf diesem Standpunkte stehen noch Celsus, Pomponius, Marcellus und Paulus [55]).

So meinen Celsus und Pomponius: bei einer Verpflichtung domum aedificari oder insulam aedificare könne nicht eher geklagt werden, quam tempus praeterisset, quo insula aedificari posset [56]). Und von einer Verpflichtung „insulam fulciri“ sagt Marcell: man brauche gerade nicht bis zum Einsturz mit der Klage zu warten, dürfe jedoch nicht eher klagen, bevor so viel Zeit abgelaufen sei, als zum Stützen erforderlich war „nec tamen recte agetur, si

---

[52]) Gaj. IV, 48 Worte: Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.

[53]) Vgl. fr. 5 § 1 de coll. 37, 6 mit fr. 5 § 3 eodem und dazu Fein, das Recht der Collation, S. 101.

[54]) Vgl. Bd. I, S. 349.

[55]) Vgl. Bd. I, S. 444.

[56]) fr. 14 V. O. 45, 1.

nondum praeterierit temporis tantum, quo fulcire potuerit redemptor" [57]). Und ähnlich äußert sich Paulus in Bezug auf einen Hausbau [58]):

> tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest (poterunt).

Inzwischen hatte Venulejus die Entdeckung gemacht: daß Fälligkeit ein theilbarer Begriff sei [59]) — und stellte demgemäß folgenden Satz auf [60]):

> item si non inchoetur opus, id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit.

Nun versetze man sich aber einmal in die Lage eines solchen Schuldners hinein. Ihm lag vielleicht ein Bau ob, der ein halbes Jahr erforderte. Weil er vier Wochen gezögert hatte, verklagte ihn sein Gläubiger und ließ diese vier Wochen abschätzen. Konnte es einem solchen Schuldner wohl jemals in den Sinn kommen, den fraglichen Bau in Wirklichkeit aufzuführen? Denn wer erstattete ihm diese Vierwochensentschädigung? War es unter solchen Umständen nicht vielleicht besser, daß gleich die ganze Leistung abgeschätzt wurde; dann war die Sache doch gleich mit einem Male aus der Welt.

Und diese Entwicklung treffen wir bereits bei Ulpian an. Denn so sind meines Erachtens seine Worte zu verstehen [61]):

> sed ubi jam coepit mora faciendae insulae fieri, tunc agetur diesque obligationi cedit.

da Ulpian ganz allgemein sagt „tunc agetur", ohne daneben etwa anzugeben, daß nur ein intervallum abzuschätzen sei.

Gerade so wie Venulejus die Leistung von längerer Dauer, hatten Römische Rechtsgelehrte den Fall behandelt, wo der Schuldner verpflichtet war, dem Gläubiger eine Sache zur mehrjährigen Benutzung auszuliefern. Hier beschränkten sie die Abschätzung auf die Jahre, welche bereits abgelaufen, oder mindestens angebrochen waren, eröffneten mithin dem Schuldner die Möglichkeit, für den Rest der Jahre noch in natura zu leisten [62]). Aber in dieser Hinsicht ging, wenigstens bei

---

[57]) fr. 98 § 1 V. O. 45, 1.

[58]) fr. 73 pr. V. O. 45, 1. Vgl. fr. 84 V. O. 45, 1.

[59]) Vgl. Bd. I, S. 481.

[60]) fr. 137 § 3 V. O. 45, 1.

[61]) fr. 72 § 2 V. O. 45, 1.

[62]) Vgl. z. B. fr. 37 de usufr. 7, 1; fr. 2 de ann. leg. 33, 1.

gutgläubigen Obligationen, selbst Paulus schon weiter, wie in fr. 24 § 4 Loc. 19, 2 die Worte „totius quinquennii nomine statim recte aget“ ergeben [63]). Und dasselbe wird Ulpian für die incerte Stipulation behauptet haben, wenn es richtig sein sollte, daß wir fr. 114 V. O. 45, 1 auf ein Pachtverhältnis oder Derartiges zu beziehen hätten [64]).

Also beim regelmäßigen Verfahren kannte das Römische Recht bei Nichtgeldleistungen nur einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Und wenn dieser Anspruch in früherer Zeit durch den Satz etwas aufgehalten wurde, daß der Geschworne nur in Fälliges verurtheilen konnte, so wußte man sich später auch darüber hinweg zu setzen. Andererseits ist aber ebenfalls festzuhalten, daß man dem gemahnten Schuldner unter Umständen sogar eine nachträgliche Oblation der Nichtgeldleistung gestattete, wenn er nicht allzulange damit wartete, und die Lage des Gläubigers noch dieselbe war: wie dies namentlich die Schlußworte von fr. 24 § 4 Loc. 19, 2 ergeben, worüber gleichfalls schon im vorigen Paragraphen das Nöthige bemerkt wurde [65]).

Auf diese Weise erklärt sich auch folgende Stelle:

fr. 14 § 2 de const. pec. 13, 4. — Ulp.

> quid si ante decessit? si mora interveniente, aequum est teneri eum qui constituit vel in id quod interest vel ut aliam personam non minus idoneam fidejubentem praestet.

Derjenige, welcher beim Gläubiger Bürge werden sollte, ist nach der Mahnung gestorben; der Schuldner mithin verpflichtet, eine anderweitige Sicherheit zu beschaffen. Eine solche allgemeine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, wie sie in diesem Fall durch die Mahnung hervorgerufen wurde, hat das Eigenthümliche, daß der Verzug hier keinen Schaden anrichten kann: eine Sicherheit kommt immer noch zur rechten Zeit [66]). Wenn es daher auch richtig sein mag, daß der Gläubiger nach Römischem Recht darauf angewiesen war, sein Interesse vom Geschwornen in Geld ausrechnen zu lassen; so ist andererseits

---

Freilich geschieht in beiden Fällen die Abschätzung nicht vom Interessestandpunkte aus. Darauf kommt indes in der hier fraglichen Beziehung nichts an. Vgl. oben § 87, S. 363.

[63]) Vgl. oben § 87, S. 367.

[64]) Vgl. zu dieser Stelle Bd. I, S. 97, 98; Bd. II, S. 15.

[65]) Siehe oben S. 366 fgg.

[66]) Siehe unten § 89 gegen Ende, und § 102.

nicht minder wahr, daß der Schuldner noch immer zur rechten Zeit kommt, wenn er einen nicht minder tauglichen Bürgen stellt, also in natura Sicherheit leistet. Und deshalb konnte Ulpian die Verpflichtung eines solchen Schuldners mit vollem Fug dahin fassen: teneri eum vel in id quod interest vel ut aliam personam non minus idoneam fidejubentem praestet.

Ich wende mich jetzt zu den Fideicommissen. In dieser Beziehung sprach ich bereits oben [67]) die Vermuthung aus: daß auf diesem Gebiet, sofern es sich um fruchttragende Sachen handle, zur Zeit Papinian's gar nicht mehr in Geld, sondern in die Sache nebst den Früchten selber verurtheilt wurde. Ist dieses richtig, so wird man für die Fälle, wo der Gläubiger sein Interesse beanspruchte, und die Leistung der fruchttragenden Sache noch möglich war, ihm, schon nach Römischem Recht, nicht wie im regelmäßigen Verfahren einen Interesseanspruch wegen Nichterfüllung, sondern nur einen Interesseanspruch wegen verspäteter Erfüllung gewähren können. Demgemäß hat man sich denn auch die Execution nicht bloß auf Geld, sondern auf die Sache und eventuell mit auf Geld gerichtet zu denken. Hiermit steht folgende Stelle wenigstens nicht in Widerspruch:

fr. 26 Leg. III. — Paulus.

> Is qui fideicommissum debet post moram non tantum fructus, sed etiam omme damnum, quo adfectus est fideicommissarius, praestare cogitur.

Man kann die Stelle nämlich sehr füglich von einem Urtheile verstehen, das auf die Sache wie die vorhandenen Früchte selber ging, und dem ensprechend sich hierauf auch die etwa nöthige Hülfsvollstreckung gerichtet denken; so daß also das damnum den Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung abzüglich der Bereicherungsfrucht umfassen würde. Nothwendig ist freilich diese Erklärung gerade nicht. Namentlich nöthigen uns auch die Worte praestare cogitur keineswegs zu derselben. Denn bei diesem Zwang könnte auch hinsichtlich der Früchte an ein Geldäquivalent gedacht sein. Heißt es in dieser Beziehung doch anderswo [68]): itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere“ [69]).

---

[67]) § 82 a. E. S. 276.

[68]) § 35 J. de rer. div. 2, 1.

[69]) Vgl. ferner fr. 1 § 2 Si ventr. nom. 25, 5, und dazu Wetzell, Vindicationsproceß, S. 122, 123. Siehe auch Degenkolb, Kr. Vierteljahrsschrift, Bd. 9, S. 215.

War freilich die Leistung selber nicht mehr möglich, so tritt auch bei Fideicommissen der Schadensersatz wegen Nichterfüllung ein. So erklärt sich folgende Stelle, die uns etwas ausführlicher zu beschäftigen haben wird [70].

fr. 35 pr. Leg. III. — Scaevola.

Patronus liberto statim tribum emi petierat: libertus diu moram ab herede patroni passus est et decedens heredem reliquit clarissimum virum: quaesitum est, an tribus aestimatio heredi ejus debeatur. respondit deberi. idem quaesiit, an et commoda et principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu usque in diem mortis suae consecuturus fuisset, si ei ea tribus secundum voluntatem patroni sui tunc comparata esset, an vero usurae aestimationis heredi ejus debeantur. respondi, quidquid ipse consecuturus esset, id ad heredem suum transmittere.

In Bezug auf ältere Erklärungsversuche urtheilt Averani [71]: „in qua exponenda meras nugas garriunt Veteres Interpretes". Er selber faßt zunächst dann die Ausdrucksweise tribum emi in's Auge, der seines Wissens sonst nirgends vorkomme, und meint: es müsse mit derselben eine ähnliche Bewandtnis haben, wie mit der Verbindung emere decuriam [72]. Diese Vermuthung Averani's wird jetzt bestätigt durch die von Angelo Majo 1820 entdeckten fragmenta Vaticana, wo tribus und decuria in ähnlicher Weise neben einander genannt sind [73]:

Fundus autem, quem Agilio liberto donasse te, tribus et decuria, quae ipsius nomine comp. — — — [74].

Seine Erklärung vom fraglichen Ausdruck ist dann folgende [75]:

---

[70]) Vgl. zu derselben J. Averanii, interpretationum juris lib. II, cap. 19 Lugduni Batavorum 1753, tom I pag. 540—547.

[71]) a. a. O. S. 541.

[72]) Vgl. Cicero in Verrem III, 79, § 184.

[73]) Fr. Vat. § 272.

[74]) In der Huschke'schen Ausgabe ist diese tribus freilich verschwunden.

[75]) a. a. O. S. 542.

„Quemadmodum igitur decuriam emere dicebantur, qui pretio adscribebantur decuriis scribarum [76]: ita tribum emere dicebantur, qui pretio adscribebantur tribubus; hoc est, recensebantur inter Cives frumentum de publico accipientes, et inserebantur numero Civium, quibus publica alimenta ministrabantur.“

Es muß sich demnach auf Grund der alten Tribuseintheilung eine Versorgungsanstalt gebildet haben, worin man sich oder einen andern einkaufen konnte [77]. Zu diesen Stellen werden aber nur Leute geringen Standes zugelassen sein [78].

Im vorliegenden Falle hatte nun ein Patron seinem Erben das Fideicommiß auferlegt, seinem Freigelassenen sofort eine solche Stelle zu kaufen. Der Freigelassene hatte indes vergeblich gemahnt, war schließlich drüber hinweg gestorben, und wurde von einem Mann aus dem ersten Stande, vir clarissimus, z. B. einem Senator [79], beerbt.

Die Leistung selber ist freilich in natura jetzt nicht mehr möglich. Denn für einen vir clarissimus konnten solche Stellen nicht gekauft werden. Worauf hat der Erbe aber statt dessen Anspruch?

Zunächst, sagt Scävola, auf den Werth der Stelle, tribus aestimatio. Daraus entnehmen wir: daß diese Stellen auf die Erben übergingen und verkauft werden konnten. Denn wäre nur eins von beiden nicht der Fall gewesen, so hätte der Erbe keinen Anspruch auf den Geldwerth haben können.

Außerdem soll der Erbe auf die commoda und principales liberalitates Anspruch haben, welche der Freigelassene von solcher Stelle bis zu seinem Todestage erhalten hätte.

Unter den commoda sind die regelmäßigen Spenden an Getreide, Oel, Fleisch u. dgl. zu verstehen, die unter die Stelleninhaber vertheilt wurden [80].

Bei den liberalitates principales hat man vorzugsweise an das congiarium zu denken, d. i. ein Geschenk von dem Maße eines

---

76) Vgl. über diese Schreiberdecurien auch Savigny, System, Bd. II, S. 254.

77) Vgl. Walter, Römische Rechtsgeschichte, Bd. I., § 278.

78) Averani, a. a. O., S. 542—545.

79) Vgl. z. B. c. 2, § 2, de his qui ven. aet. imp. 2, 45; fr. 8 de senat. 1, 9.

80) Averani, a. a. O., S. 545—546.

congius, welches die Kaiser namentlich bei freudigen Veranlassungen zu vertheilen pflegten, sowie an Vermächtnisse der Kaiser u. dgl.: also an außerordentliche Spenden [81]).

Alles dieses ist dem Gläubiger zu erstatten, mithin das gesammte Interesse wegen Nichterfüllung.

Beim Fideicommiß sind wir diesen Ausführungen zufolge demnach schon im Corpus juris möglicherweise einem Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung begegnet, der indes dort wieder einem Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung weichen muß, wo die Leistung selber nicht mehr möglich ist. Von diesem Fideicommiß-Falle abgesehen, werden wir indes sagen müssen: die Mahnung erzeugte nach Römischem Recht bei Nichtgeldleistungen nur einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Versuchen wir es jetzt, uns die Bedeutung dieser Thatsache zu veranschaulichen: daß das Römische Recht im ordentlichen Verfahren bei Nichtgeldleistungen mit der Mahnung nur einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verknüpfte.

Für einen heutigen Practiker ist es häufig eine brennende Frage, wie er klagen soll: ob auf Schadensersatz wegen verspäteter, oder wegen Nichterfüllung. Und zwar muß der heutige Practiker sich in dieser Beziehung sofort bei Anstellung der Klage entscheiden. Er muß sich sofort bei der Klage klar werden: worauf er sein Gesuch richten will. Denn die Klagebitte gibt heutzutage dem ganzen Proceß seine Richtung, und hat für den heutigen Proceß, worauf ich noch zurückkommen werde [82]), ungefähr die Bedeutung, wie für den Römischen die Intention.

Eine derartige Schwierigkeit konnte bei den Römern, so lange und soweit hier in Geld verurtheilt wurde, gar nicht vorkommen. Diese Verurtheilung in Geld bildete aber nicht bloß nach dem Recht zu Zeiten der Pandecten-Juristen, sondern auch noch nach Justinianschem Recht, wovon ich ebenfalls unten näher handeln werde [83]), bei Obligationen auf Nichtgeldleistungen die Regel. Handelte es sich z. B. um eine Verkaufsverpflichtung, so klagte ein Römer in folgender Weise: Richter, ich habe mit dem N. N. einen Kauf abgeschlossen, verurtheile

---

[81]) Averani, a. a. O., S. 546.

[82]) Siehe unten § 96.

[83]) Siehe unten § 91.

jetzt den Verkäufer N. N. in so viel Geld, als mir zukommt. Und der Richter hatte dann den N. N. in so viel Geld zu verurtheilen. Dieses Geldurtheil umfaßte dann aber, sofern es sich um Schadensersatz handelte, nicht einen Schadensersatzanspruch wegen verspäteter, sondern wegen Nichterfüllung. Die Nichtgeldleistung kam nur in Betracht, so lange der Schuldner befugt war, sie anzubieten, und sofern er von seiner Oblationsbefugnis Gebrauch machte.

Diesem Satze: daß das Römische Recht in seinem ordentlichen Verfahren bei Nichtgeldleistungen den Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung im allgemeinen gar nicht kannte — möchte man vielleicht Folgendes entgegen halten wollen.

Die Römer gebrauchen den Ausdruck quod interest in einem doppelten Sinne: theils umfaßt er den Werth der ursprünglichen Leistung, den ursprünglichen Sachwerth, mit [84]); theils bedeutet er nur den Ueberschuß über diesen Sachwerth [85]). Nun möchte man meinen: in der letztern engern Bedeutung käme quod interest wohl so ungefähr auf das hinaus, was wir Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung nennen. Aber auch nur so ganz ungefähr. Denn es ist ein wesentlicher Unterschied: ob ich eine Sache in Natur verlangen kann, oder ob ich mir statt dessen eine Geldentschädigung aufnöthigen lassen muß — eine Wahrnehmung, die den Römern keineswegs entgangen ist, wie z. B. fr. 54, Leg. II, beweist, wo indes der Text verderbt, und entweder statt uberrimum mit Th. Mommsen utile interdum zu lesen, oder wahrscheinlicher in anderer Weise zu helfen ist. Weil es aber auf ein Vermögen wesentlich verschieden einwirken kann: ob die Sachleistung in Natur, oder der Sachwerth in Geld erfolgt — so ergibt sich: daß sich auch der an eine Sachleistung anlehnende Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung möglicherweise ganz anders gestalten kann, als das zum Geldwerth der Sache hinzukommende Interesse.

Allerdings wird es in Rom häufig genug vorgekommen sein: daß bei Obligationen, die auf's Interesse gingen, der gemahnte Schuldner die ursprüngliche Leistung nachträglich anbot, und der Gläubiger sich mit dem Schuldner wegen des Weitern verständigte. Und dieses Weitere war dann allerdings Schadensersatz wegen verspäteter Er-

---

[84]) fr. 21, § 2, ad leg. Aquil. 9, 2; fr. 1, pr. A. E. V. 19, 1; fr. 50, pr. de furtis 47, 2.

[85]) fr. 1, § 20, de tutelae 27, 3; fr. 2, § 13, Vi bon. rapt. 47, 8.

füllung; allein doch immer nur ein gütlich vereinbarter. Wurde eine derartige Verständigung nicht erreicht, so wird der regelmäßige Verlauf der gewesen sein: daß der Gläubiger den ganzen Anspruch einklagte und vom Geschwornen in Geld abschätzen ließ.

Aber — so möchte man vielleicht einwenden wollen — wäre es nicht auch denkbar: daß der Römische Gläubiger die ursprüngliche Leistung zwar angenommen, sich seinen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung aber vorbehalten und besonders eingeklagt hätte?

Der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung in seinem Verhältnis zur ursprünglichen Leistung ist eine Nebenleistung. Die gestellte Frage lautet demnach allgemeiner so: konnte nach Römischem Recht, nachdem der Schuldner den Gläubiger wegen der Hauptleistung befriedigt hatte, die Nebenleistung besonders eingeklagt werden?

Unter Umständen war dies allerdings zulässig. Ein Beispiel liefert z. B. folgende Stelle.

fr. 31, § 4, S. M. 24, 3. Julianus.

> Si fundum dotalem recepisset mulier non habita ratione fructuum pro portione anni, quo (qua) nupta non fuisset, nihilo minus de dote agere potest, quia minorem dotem recepisset: hoc enim ad dotis augmentum pertinet, quemadmodum si partum ancillarum non recepisset, aut legata vel hereditates, quae post divortium per servos dotales adquisitae marito fuissent.

Hier handelt es sich um eine Klage wegen Früchte, welche nach der Scheidung gewonnen wurden, sowie sonstigen Erwerbs, nachdem die Frau das Grundstück selber wieder zurückgenommen hatte. Julian läßt in Bezug hierauf die Dotalklage noch zu, weil er in derartigem Erwerb eine Mitgiftsvermehrung erblickt. Der Gesichtspunkt ist hergenommen von den vor Eingehung der Ehe vom Bräutigam gezogenen Früchten [86], wo er genau genommen nur allein zutrifft. Die Anwendung dieses Begriffes auch auf die nach der Scheidung gewonnenen Früchte u. s. w. ist offenbare Künstelei, deren öconomischer Zweck lediglich der gewesen sein wird, der Frau in dieser Beziehung eine eigne Klage zu verschaffen.

---

[86]) fr. 6, S. M. 24, 3; fr. 7, § 1; fr. 47, J. D. 23, 3; fr. 38, § 12, Us. 22, 1; fr. 7, § 1, de cond. c. d. c. n. s. 12, 4; Czyhlarz, das röm. Dotalrecht, S. 237.

Wo aber derartige Anhaltspunkte, wie hier bei der Mitgift nicht gegeben, war eine Klage auf die Nebenleistung allein, nachdem die Hauptleistung erfüllt, nach Römischer Anschauung im allgemeinen nicht möglich. Dies wird in Bezug auf Mahnungszinsen von Hermogenian [87]) dadurch begründet: cum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur; und Paulus spricht in dieser Beziehung hinsichtlich anderer Nebenleistungen von einem Verzichte [88]).

Ich werde weiter unten Gelegenheit haben [89]): die Nebenleistung noch von einem allgemeineren Standpunkte aus zu betrachten. Dort wird sich auch herausstellen, was die hier angestellten Betrachtungen vielleicht schon vermuthen lassen: daß das Römische Recht von einer gänzlichen Klaglosigkeit der Nebenleistung als solcher zwar absieht; andererseits aber anlangend deren Klagbarkeit zu einem einheitlichen Grundgedanken noch nicht durchgedrungen ist. Die Römer haben allerdings hie und da eine Klage auf die Nebenleistung zugelassen; gleichwohl tragen die einzelnen hier einschlagenden Entscheidungen noch durchaus das Gepräge der Unfertigkeit an sich. Zum Theil hatten die Römer hier auch mit Hindernissen zu kämpfen, die für uns nicht mehr vorhanden sind; so hat namentlich die processualische Consumption hier vielfach hemmend eingewirkt.

Uebrigens will ich keineswegs behaupten: daß das Römische Recht den Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung g a r n i c h t kenne. Jedenfalls muß sich derselbe, wenn auch nicht früher, so doch bei den arbiträren Klagen eingestellt haben, nachdem hier die ursprüngliche Leistung manu militari erzwungen werden konnte [90]). Und so geschieht denn auch in der angeführten Stelle, wenn auch nicht gerade eines solchen Schadensersatzanspruches wegen verspäteter Erfüllung, so doch eines Anspruches auf Früchte und sonstiges Zubehör Erwähnung, der vom Richter besonders abgeschätzt wurde.

Das also will ich keineswegs behaupten: daß das Römische Recht den Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung g a r n i c h t kenne. Mir kam es hier nur darauf an: auf den großen Unterschied aufmerksam zu machen, der in dieser Beziehung zwischen Römischem und heutigem Recht stattfindet. Wenn wir heutzutage von einem Schadens-

[87]) fr. 49, § 1, A. E. V. 19, 1.

[88]) fr. 10, de eo quod c. l. 13, 4. Vgl. dazu Bd. I, S. 274.

[89]) Siehe unten § 98.

[90]) fr. 68 R. V. 6, 1.

ersatze sprechen, so denken wir zunächst an einen Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung. Dieser bildet heutzutage die Regel, da das heutige Urtheil auch bei Nichtgeldleistungen regelmäßig auf die Leistung selber geht. Im Römischen Recht sind wir hingegen bei Nichtgeldleistungen zunächst auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung hingewiesen; der Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung tritt daneben gänzlich zurück und ist jedenfalls nur höchst kümmerlich entwickelt.

Insonderheit trifft dies auch für unsere Mahnung zu. Und die einzige von den hier in Betracht kommenden Stellen, welche sich möglicherweise auf einen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung beziehen könnte, gehört nicht dem regelmäßigen Verfahren, sondern der extraordinaria cognitio an.

So haben wir denn in diesem Paragraphen einerseits das Gebiet kennen gelernt, wo nach Römischem Recht mit unserer Mahnung ein Interesseanspruch verknüpft wurde; ferner haben wir gesehen, welchen Inhalt dieser Interesseanspruch in den in dieser Beziehung in Betracht kommenden Stellen hatte. Bei Mommsen [91]) sind manche von den hier erörterten Stellen weggelassen, dagegen hat er wieder andere gebracht, die mit unserer Mahnung nichts zu thun haben, und die daher noch auszuscheiden sind.

So geht es z. B. nicht an, mit Mommsen [92]) fr. 31 § 1 A. E. V. 19, 1 schlechthin auf eine Mahnung zu beziehen [93]).

Ferner sagt Mommsen [94]) in Bezug auf fr. 9 § 8 ad exh. 10, 4:

> „Daß hier nur an eine Mora gedacht sein kann, geht aus L. 10 i. f. D. eodem hervor."

Das in Bezug genommene fr. 10 ad exhibendum lautet:

> Si optione intra certum tempus data judicium in id tempus extractum est, quo frustra exhibetur, utilitas petitoris conservetur: quod si per heredem non stetit quominus exhiberet tempore judicii accipiendi, absolvendus est heres.

---

[91]) a. a. O. S. 178—182, S. 248—252.

[92]) a. a. O. S. 179.

[93]) Vgl. zu dieser Stelle Bd. I, S. 94.

[94]) a. a. O. S. 179.

In dieser Stelle [95]) ist allerdings von einem per heredem non stetit quominus die Rede, was mittelst argumentatio a contrario einen Rückschluß auf unsere Mahnung zu gestatten scheint. Allein die betreffende Redensart kommt auch häufig in gewöhnlicher Bedeutung vor; und daß die fragliche Stelle mit unserer Mahnung in der That nichts zu schaffen hat, werden die folgenden Betrachtungen ergeben.

Die Stelle handelt von einer optio intra certum tempus legata, also einem Vindicationslegat [96]). War bei einem solchen Legate das certum tempus abgelaufen, ohne daß der Bedachte gewählt hatte, so ging er des Legates verlustig [97]). Zur Vorbereitung der aus diesem Legate entspringenden Vindication diente die actio ad exhibendum [98]). Man konnte vom Bedachten füglich nicht eher verlangen, daß er vindicire, bevor ihm alles gezeigt war, was möglicherweise Gegenstand der ihm eingeräumten Vindication sein konnte. Nun weigert sich aber der belastete Erbe zu exhibiren; er wird freilich mit der actio ad exhibendum belangt; der Rechtsstreit zieht sich aber so lange hin, bis die zur Ausübung der Wahl gesetzte Zeit glücklich abgelaufen ist. Ist hier der Bedachte vielleicht um sein Vindicationslegat gekommen? Paulus, von dem die Stelle herrührt, entscheidet: utilitas petitoris conservetur „der Vortheil des Klägers soll gewahrt werden". D. h. dem Berechtigten soll in diesem Fall, nach Beendigung des Vorzeige-Rechtsstreites, sein Interesse werden; in welcher Beziehung die Art und Weise, wie dieses Interesse zu leisten war, hier auf sich beruhen mag.

Th. Mommsen hat freilich am Ausdrucke conservetur Anstoß genommen und vermuthet statt dessen: aestimabitur eamque is consequetur. Allein zu einer derartigen Textänderung fehlt es an jeder Veranlassung.

Mit einem Interesseanspruch haben wir es demnach in unserer Stelle allerdings zu thun; aber dieser Interesseanspruch verbindet sich nur nicht mit unserer Mahnung, wie sich aus dem Schlußsatze ergibt. Denn hier heißt es: der Erbe soll freigesprochen, der Vortheil des

---

95) Vgl. zu derselben Cujacius Comment. ad Edictum Pauli ad h. l. Opp. omn., Bd. V, Sp. 366—368.

96) Vgl. fr. 6, fr. 20 de opt. leg. 33, 5; fr. 3 § 6 ad exh. 10, 4. Kuntze, Excurse, S. 584.

97) fr. 28 pr. V. S, 50, 16; fr. 6 de opt. leg. 33, 5.

98) fr. 3 § 6 ad exhibendum 10, 4.

Klägers also nicht gewahrt werden, si per heredem non stetit quominus exhiberet tempore judicii accipiendi. Man setze also folgenden Fall. Der Erbe wird vom Bedachten zum Vorzeigen aufgefordert, kommt aber dieser Aufforderung nicht nach. Darauf stellt der Bedachte die actio ad exhibendum an. In dem Litiscontestationstermine, ehe noch das Protocoll aufgenommen wird, tempore judicii accipiendi, besinnt sich indes der Erbe, und erbietet sich zum Vorzeigen. Wenn nun der Bedachte trotzdem auf Fortrückung des Processes besteht, so soll der Erbe freigesprochen werden: da es nicht an ihm lag, daß nicht tempore judicii accipiendi exhibirt wurde; da es nicht an ihm lag, daß Kläger seiner Vindication verlustig gegangen war. Kommt aber der Erbe noch immer zur rechten Zeit, wenn er sich nur noch vor der Litiscontestation zum Vorzeigen erbietet; ist ferner das Zögern des Erben von der Mahnung bis zur Litiscontestation, wie hier, auch auf den Inhalt der Klage gänzlich einflußlos: so haben wir es nicht mit einer Wirkung unserer Mahnung, sondern der Litiscontestation zu thun.

Dazu kommt, daß es sich in der vorliegenden Stelle um einen Fall handelt, der schon deshalb außerhalb des Gebietes unserer Mahnung liegt, weil wir es hier gar nicht mit einem obligatorischen, sondern einem sachenrechtlichen Anspruche zu thun haben. Denn, wie neuerdings von Demelius [99]) ausführlich dargethan worden, haben obligatorische Ansprüche auf eine Sache eine actio ad exhibendum keineswegs begründet. Wir haben es demnach bei der actio ad exhibendum überhaupt mit einem sachenrechtlichen Anspruch zu thun, weshalb diese actio gar nicht in's Obligationenrecht gehört, obwohl dieselbe hier meistens abgehandelt wird [100]).

Windscheid [101]) meint zwar: der mit der actio ad exhibendum geltend zu machende Anspruch könne ein dinglicher oder ein obligatorischer sein. Daraus würde höchstens folgen: daß die actio ad exhibendum theils in's Sachenrecht, theils in Obligationenrecht gehöre. Allein Windscheid ist in letzterer Beziehung den Beweis für seine Behauptung schuldig geblieben. Er beruft sich zwar auf zwei

[99]) Die Exhibitionspflicht, Gratz, 1872, besonders S. 147—157.

[100]) Vgl. Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, § 691; Mühlenbruch, Pandekten, § 458; Puchta, Pandekten, § 397; Arndt's Pandekten, § 346; Vangerow, Pandekten, § 707; Windscheid, Pandekten, § 474.

[101]) a. a. O. bei Anm. 7 und 8.

Stellen[102]. Allein in beiden ist nur gesagt: daß neben andern sachlich Berechtigten auch der zum Interdict Berechtigte mit der actio ad exhibendum klagen könne. Unter dem Interdict wird aber jedenfalls das interdictum utrubi zu verstehen sein[103], den Besitz behandelt Windscheid ja aber selber im Sachenrecht[104].

Vangerow, welcher derselben Ansicht, wie Windscheid, beruft sich noch auf fr. 3 § 7 und fr. 12 § 2 ad exhibendum[105]. In der letztern Stelle ist von einem qui furti acturus ad exhibendum egisset die Rede. Diese Stelle mag um so mehr auf sich beruhen bleiben, als die actio furti, als solche, heutzutage unpractisch ist. Und will man die actio furti als reine Interessеklage heutzutage noch so weit zulassen, als deren Gebiet sich mit dem der condictio furtiva nicht deckte[106] — was vieles für sich haben dürfte — so ist doch darauf hinzuweisen: daß die Römer auch die actio furti nicht schlechthin jedem Forderungsberechtigten gegeben haben[107], sondern nur sofern derselbe am Haben und Behalten der Sache ein eignes vermögensrechtliches Interesse hatte, es sich z. B. um ein Retentionsrecht[108], künftiges Eigenthum an Früchten[109], oder dgl.[110] handelte. Demelius[111] meint: die fragliche Stelle beziehe sich auf eine actio furti noxalis.

In der andern Stelle fr. 3 § 7 ad exh. heißt es:

> Si quis noxali judicio experiri velit, ad exhibendum ei actio est necessaria.

Nun gilt allerdings von der Noxalklage[112]: haec actio non

---

[102]) fr. 3 § 5, § 12 ad exh. 10, 4.

[103]) Vgl. Cujacius, Observ. Lib. V, Cap. 23, Opp. omn., Bd. III, Sp. 120, der sich über entgegenstehende Ansichten sehr geringschätzig in folgender Weise äußert: „At quo interdicto? Si dixeris, precario, ut interpres, somnianti similis videbere. Quid extra interpretem alii dixerint, nescio, nec sum admodum sollicitus. Quid sit dicendum, scio.

[104]) Pandekten, Bd. I, § 148 fgg.

[105]) Pandekten, Bd. III, § 707, S. 639.

[106]) Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 453, Anm. 11.

[107]) fr. 13; fr. 14 pr. § 1; fr. 66 § 5; fr. 80 pr.; fr. 85 de furtis 47, 2.

[108]) fr. 53 § 4; fr. 59 de furtis 47, 2.

[109]) fr. 14 § 2; fr. 26 § 1; fr. 82 § 1 de furtis 47, 2.

[110]) fr. 14 § 17 de furtis 47, 2.

[111]) a. a. O. S. 149.

[112]) fr. 2 pr. Si quadrupes 9, 1.

solum domino, sed etiam ei cujus interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videntur pati. Allein Commodatar und fullo sind hier doch nicht als obligatorisch berechtigt, sondern als obligatorisch verpflichtet gedacht. Sie erscheinen demgemäß in Bezug auf die Noxalklage nur als Vertreter des Eigenthümers. Mit ihrer ganzen Klageberechtigung hat es demnach ein Ende, sobald der Eigenthümer erklären würde: er wolle nicht, daß aus der Sache etwas gemacht werde.

Die actio ad exhibendum gehört also in's Sachenrecht, wo sie bereits Thibaut[113]) ganz richtig abgehandelt hat.

Es gibt allerdings auch eine Vorzeigepflicht, die auf einem obligatorischen Anspruche, z. B. einem Vertrage, beruht. Hier reicht aber die Vertragsklage vollständig aus. Jedenfalls ist die Römische actio ad exhibendum für Fälle dieser Art weder eingeführt[114]), noch auf dieselben ausgedehnt worden.

Die Römer behandeln denn auch die actio ad exhibendum durchaus nach Analogie der rei vindicatio, worauf bereits früher hingewiesen wurde[115]). Andererseits kommt freilich für dieselbe auch der Ausdruck actio personalis in fr. 3 § 3 ad exh. vor.

Ob indes die Römer mit ihren Ausdrücken actio in personam und actio in rem gerade den Gegensatz haben bezeichnen wollen, wofür man heutzutage die Ausdrücke sachenrechtlich und obligatorisch gebraucht: mag hier dahin gestellt bleiben. Windscheid nimmt dies an. Derselbe sagt in dieser Beziehung[116]): „die in personam actio ist also die obligatorische actio." Aber selbst wenn die Römer mit ihrer Ausdrucksweise dies beabsichtigt hätten, so gäbe ich meine Auffassung gleichwohl nicht Preis. Denn das System, wie es uns die Römischen Rechtsgelehrten überliefert haben, ist durchaus kein felsenfester Grund, auf dem wir getrost und sorglos weiter bauen könnten: dies System ist vielmehr ein der Berichtigung nicht bloß fähiges, sondern sogar sehr bedürftiges Ding. Demgemäß kommt es für das heutige System auch weniger darauf an: was die Römer unter actio in personam und actio in rem verstanden haben — als vielmehr

---

[113]) Pandekten, § 578.

[114]) fr. 1 ad exh. 10, 4. Vgl. Bekker, Actionen I, S. 226.

[115]) Vgl. oben § 65, S. 72, 73; ferner Ziebarth, die Realexecution, S. 90 fgg.

[116]) Pandekten, Bd. I, § 45, Anm. 2.

darauf: was ein sachenrechtlicher und was ein obligatorischer Anspruch ist. Der eine gehört in's Sachenrecht, der andere in's Obligationenrecht.

Und was diesen Gegensatz zwischen sachenrechtlichem und obligatorischem Anspruch anbetrifft, so hat Windscheid selber, der in dieser Beziehung von einem Forderungsrechte und einem dinglichen Rechte spricht, denselben sehr richtig in dieser Weise bezeichnet [117]:

„Sie (die Forderungsrechte) haben zum unmittelbaren Inhalt die Unterwerfung fremden Willens. Im letzten Resultat bildet die Unterwerfung fremden Willens den Inhalt auch der dinglichen Rechte: aber sie bildet nicht den unmittelbaren Inhalt derselben. Der unmittelbare Inhalt der dinglichen Rechte ist, daß kraft derselben ein bestimmter Willensinhalt für eine Sache geltend gemacht werden darf; das Recht, zu verlangen, daß mit diesem Willen sich kein anderer in Widerspruch setze, ergibt sich daraus erst in zweiter Linie."

Ist dieses aber richtig, so darf die actio ad exhibendum nicht im Obligationenrechte erörtert werden. Denn die Vorzeigepflicht, welche mit derselben erzwungen werden soll, ergibt sich erst in zweiter Linie aus dem Eigenthumsrecht u. s. w.

So haben denn die von Mommsen aus dem Titel ad exhibendum hierher gezogenen Stellen aus zwei Gründen nichts mit unserer Mahnung zu schaffen: einmal weil die actio ad exhibendum einem Gebiete angehört, das unsere Mahnung nicht berührt; sodann weil es sich dort um Wirkungen der Litiscontestation handelt.

Es soll freilich nicht geläugnet werden, daß mit der actio ad exhibendum auch Interesseansprüche, oder dem ähnliche Ansprüche verfolgt werden können, die auf eine Zeit zurückreichen, welche bereits vor der Litiscontestation, bezw. Klagmittheilung liegt, wie dies ja auch bei der rei vindicatio möglich; jedenfalls kümmert aber uns dieser Interesseanspruch hier nichts.

Andere von Mommsen [118]) hierher gezogene Stellen beziehen sich auf die condictio furtiva [119]) und das interdictum de vi [120]), also nicht auf unsere Mahnung.

117) Pandekten, Bd. II, § 251.

118) a. a. O. S. 180.

119) fr. 3 de cond. furt. 13, 1. Vgl. dazu Bd. I, S. 29, 30.

120) fr. 1 § 41 de vi 43, 16. Vgl. dazu Bd. I, S. 32.

Ferner ist auszuscheiden das von Mommsen[121]) hierher gezogene fr. 12 pr. Q. M. C. 4, 2, wo gleichfalls von unserer Mahnung keine Rede; sodann fr. 17 § 1 R. V. 6, 1[122]); fr. 8 Us. 22, 1[123]); fr. 14 eodem[124]); fr. 8 § 6 de precario 43, 26[125]); fr. 39 § 1 Leg. I[126]) und fr. 57 S. M. 24, 3[127]).

§ 89.

Interesse. Heutiges Recht. Gebiet.

Wir sahen im vorigen Paragraphen: daß man vom Standpunkt des Interessebegriffes aus nach Römischem Recht folgende vier Obligationen-Gattungen zu unterscheiden habe.

1) Obligationen, welche von der Fälligkeit an auf's Interesse gehen.

2) Obligationen, bei denen es sich um Rückgabe einer Sache handelt, wo der Interesseanspruch auf Seiten des Schuldners Verschuldung zu seiner Voraussetzung hat.

3) Obligationen, welche aus Vermächtnissen entspringen, wo zwar die Mahnung, nicht aber jede Fälligkeit hinreicht, einen Interesseanspruch zu begründen.

4) Geldobligationen, bei denen das Römische Recht nur ganz ausnahmsweise einen Interesseanspruch zuläßt.

Welche Bewandtnis hat es im heutigen Recht mit diesen vier Obligationen-Gattungen? Hierüber müssen wir uns zunächst wenigstens einigermaßen klar zu werden suchen, bevor wir zur Erörterung der Frage übergehen: welches Gebiet der Mahnung in Bezug auf die Interessewirkung heutzutage zukomme.

Man pflegt für das heutige Obligationenrecht hauptsächlich die gutgläubige Obligation des Römischen Rechts zu Grunde zu legen. Allein dieser Gesichtspunkt reicht hier offenbar nicht aus, denn gutgläubige Obligationen gehören sowohl zur ersten als zur zweiten Klasse.

---

[121]) a. a. O. S. 248, 249.

[122]) Vgl. dazu Bd. I, S. 17, 18.

[123]) Vgl. dazu Bd. II, § 82, S. 261 fgg.

[124]) Vgl. dazu Bd. II, § 82, S. 260.

[125]) Vgl. dazu Bd. I, S. 18.

[126]) Vgl. dazu Bd. I, S. 403, 404.

[127]) Vgl. dazu Bd. II, § 76, S. 154 fgg.

Andererseits hat das Römische Recht mit der gutgläubigen Geldobligation nirgends den Interesseanspruch verknüpft. Nur ein einziges Mal hat es bei einer gutgläubigen Geldobligation den Würderungseid zugelassen [1]). Ein beschwornes Interesse ist aber noch immer nicht unser Interesseanspruch; und diesen werden wir bei der heutigen Geldobligation schwerlich entbehren wollen.

Vielleicht möchte aber jemand bei den Nichtgeldleistungen eine Anwendung des Römischen Rechts in der Weise für möglich halten: daß wir hier den Interesseanspruch bei den einzelnen Obligationen genau so wie die Römer anwendeten, uns im übrigen aber um denselben nicht weiter bekümmerten.

Das geht indes ebenfalls nicht, da in Bezug auf die Entstehungsart der einzelnen Obligationen ein diametraler Gegensatz zwischen Römischem und heutigem Recht vorhanden ist. Denn nach Römischem Recht bedurfte der obligatorische Vertrag, um ein Forderungsrecht zu erzeugen, der Form der Stipulation; heutzutage gilt indes die umgekehrte Regel: daß die irgendwie erklärte Einigung der Parteien ein Forderungsrecht erzeugt [2]). Nach Römischem Recht bildete der Consensualvertrag die Ausnahme, heutzutage die Regel.

Ein einfaches Festhalten am Römischen Recht würde demzufolge viele Lücken lassen. Sehen wir uns einmal den heutigen Tauschvertrag an. Nach Römischem Recht war eine Tauschberedung nur klagbar, wenn sie in Stipulationsform eingegangen war [3]). Wie sollen wir nun die heutige Tauschberedung in Bezug auf den Interesseanspruch behandeln? Etwa nach Analogie der Stipulation. Dann gelangten wir aber dahin: bei Tauschberedungen über bestimmte Sachen noch die Grundsätze der Stipulatio auf res certa für anwendbar zu halten, also jeden Interesseanspruch auszuschließen — was doch kaum angehen dürfte. Oder setzen wir: ein Gläubiger hat sich vom Depositar das Versprechen geben lassen, daß ihm die deponirte Sache an einem bestimmten Tage wieder zurückgeliefert werde. Derselbe hat seine guten Gründe: seine Klage gerade auf dies Versprechen und nicht auf die Hingabe als Depositum zu stützen. Wie haben wir dieses Versprechen in Bezug auf den Interesseanspruch zu beurtheilen? Doch unmöglich nach den Grundsätzen über die Stipulatio auf res certa.

---

[1]) fr. 3 de in lit. jur. 12, 3. Vgl. dazu oben § 88, S. 284.

[2]) Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 312.

[3]) Vgl. Windscheid, a. a. O., Bd. 11, § 398.

So werden wir denn die Lücken, die das Römische Recht hier läßt, ergänzen müssen. Aber in welcher Weise? Etwa so: daß wir die Obligationen, welche von der Fälligkeit an auf's Interesse gehen, für das Regelmäßige, die übrigen für die Ausnahme erklärten? Oder haben wir vielleicht einzelne Obligationen hierhin, andere dorthin zu stellen? Die nähere Untersuchung dieser Frage würde mich zu weit vom Ziele abführen, das sich, da wir es hier nur mit der Mahnung zu thun haben, auf kürzerem Wege erreichen lassen dürfte. Und zwar, wie ich glaube, in der Weise: daß wir zunächst von den Geldobligationen ausgehen.

In dieser Beziehung sieht es nun freilich im Römischen Recht mit dem Interesseanspruch gar traurig aus. Wir begegnen nämlich diesem Interesseanspruch hier nur beim Constitutum und bei der actio de eo quod certo loco, sofern es sich bei der letztern um ein Schiffsdarlehen handelt.

Das Römische Constitutum ist noch immer ein sehr dunkles Rechtsgebilde, mit dem sich daher heutzutage nicht recht operiren läßt. Namentlich sieht man gar nicht: welchen Inhalt hier der Interesseanspruch bei Geldleistungen hatte. Ebenso wenig dürfte man sich bis jetzt darüber klar sein: welchem öconomischen Zwecke das Constitutum von Haus aus dienen sollte — da die hierüber von Labeo[4]) und Theophilus[5]) aufgestellten Ansichten nicht miteinander in Einklang zu stehen scheinen[6]). Mit dem Constitutum läßt sich also heutzutage in dieser Beziehung nicht viel anfangen.

Und was die Stelle aus dem Titel de eo quod certo loco anbetrifft, fr. 2 § 8, so beruht deren Aufnahme genau genommen auf einem Versehen der Compilatoren. Mindestens hat der Interesseanspruch, den Ulpian im Sinne hat, einen weitern Umfang, als der Interesseanspruch, den die Compilatoren hätten im Sinne haben müssen. Denn das Römische Recht geht bei Geldleistungen von dem Gesichtspunkte aus: daß der Rechtssatz dem Gläubiger nicht mehr zuwenden soll, als dieser sich durch Vertrag hätte ausbedingen können[7]). Nun war aber diese Ausbedingungsbefugnis des Gläubigers beim Schiffs-

---

[4]) fr. 3 § 2 de pec. const. 13, 5.

[5]) Paraphrase zu § 8 de act. 4, 6.

[6]) Vgl. hierüber Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 56.

[7]) Vgl. oben § 79, S. 219, 220.

darlehen zur Zeit des Ulpian's schrankenlos [8]). Wenn demnach Ulpian in der betreffenden Stelle sagt: „in hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum“ — so heißt das von seinem Standpunkte aus: dem Interesseanspruch sind hier keine Schranken gezogen; es steht nichts im Wege, daß sich derselbe in seinem ganzen Umfange entwickle. Dagegen die Justinian'schen Compilatoren hätten auf Grund von c. 26 § 1 C. de us. 4, 32, folgerichtig auch bei der Mahnungswirkung nicht über zwölf von hundert hinausgehen dürfen.

Also vom Standpunkte des reinen Römischen Rechtes aus kommen wir mit der in Frage stehenden Mahnungswirkung bei Geldleistungen nicht allzuweit. Hier greift aber die Entwicklung ein, welche das nachrömische Recht genommen hat.

Wir sahen bereits oben [9]): daß die nachrömische Praxis erst auf dem Umwege des Interessebegriffes wieder zur Rechtszinse gelangt ist, und daß diese Praxis in einem Reichsgesetze, dem Deputationsabschied zu Speyer vom Jahre 1600, § 139, für einen besondern Fall, nämlich das Darlehen, gesetzliche Anerkennung gefunden habe. Damit haben wir gleichzeitig für das Darlehen eine gesetzliche Anerkennung des Interesseanspruchs als Mahnungswirkung. Und es steht um so weniger etwas im Wege, diese Mahnungswirkung auch bei andern Geldleistungen zur Anwendung zu bringen, als es ja heutzutage niemand einfällt: die fünfprocentige Mahnungszinse des Reichsgesetzes auf das Darlehen zu beschränken.

Bei den Obligationen des Römischen Rechts auf Nichtgeldleistungen, welche von der Fälligkeit an auf's Interesse gehen, greift der Interesseanspruch schon dann Platz, wenn auch die Zeit, wann geleistet werden soll, mehr oder weniger unbestimmt ist [10]). Wie stehen in dieser Beziehung heutzutage die Geldleistungen da? Man setze folgenden Fall: A verspricht dem B, er werde ihm in den nächsten Wochen das Geld bringen. Wenn nun die nächsten Wochen abgelaufen sind, entsteht dann ohne weiteres für den Gläubiger ein Interesseanspruch? Ich glaube: diese Frage verneinen zu müssen. Denn die Praxis, indem

---

[8]) Vgl. oben § 79, S. 221; Paul. R. S. II, 14, § 3; c. 26 § 1 C. Us. 4, 32. Vgl. auch c. 1 C. de naut. foen. 4, 33; fr. 4 pr. eodem 22, 2.

[9]) Vgl. oben § 80.

[10]) Vgl. Bd. I, § 11, S. 94.

sie für die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger“ das Erforderniß aufstellte: daß die verabredete Zeit eine festbestimmte sein müsse [11]) — faßte hierbei vorzugsweise die Geldobligationen in's Auge. Sie wollte damit nicht sagen: wenn bei Geldleistungen die verabredete Erfüllungszeit mehr unbestimmt gelassen ist, soll zwar ein Interesseanspruch begründet sein, und nur die übrigen Wirkungen der Mahnung, namentlich die Zinsen, ausgeschlossen sein. Die Praxis ging vielmehr von der Ansicht aus: daß bei mehr unbestimmt gelassener Zeit gar keine Wirkungen der Mahnung eintreten sollten, also auch nicht der Interesseanspruch.

Zu demselben Ergebnis kommen wir auch noch auf andere Weise. Die heutige Mahnungszinse hat sich erst aus dem Interessebegriff entwickelt. Sie ist ein Interesse-Surrogat: ein Vertreter des Interesse, sofern kein höheres bewiesen wird. Von der heutigen Mahnungszinse bei Geldleistungen gilt nun ganz entschieden: daß sie bloß von einem gemahnten Schuldner gefordert werden kann; sowie von einem Schuldner, dem gegenüber die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger“ Anwendung findet; nicht aber von einem Schuldner, der in zeitlicher Beziehung ein mehr unbestimmtes Zahlungsversprechen abgab. Da aber die Mahnungszinse nur ein Vertreter des Interessebegriffes ist, so muß von dem vertretenen Begriff ganz das Nämliche gelten. Also kann, falls die Zahlungszeit mehr unbestimmt gelassen, bei Geldleistungen ohne Mahnung von einem Interesseanspruch keine Rede sein.

Demzufolge hat die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger“ bei Geldleistungen nicht bloß eine positive Bedeutung, nämlich die: daß bei festbestimmter Zeitberedung die Mahnungswirkungen eintreten — sondern auch eine negative, nämlich die: daß bei mehr unbestimmter Zeitberedung der Verzug ohne Mahnung gar keine Wirkungen äußert.

So gelangen wir denn für die Geldobligationen des heutigen Rechts zu dem Satze: im allgemeinen erzeugt die Mahnung hier einen Interesseanspruch, und was von der Mahnung, gilt auch von der Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger“.

Seine Stütze findet dieser Satz am Darlehen. Beim Darlehen handelt es sich um Rückgabe von vertretbaren Sachen. Wenn aber unser heutiges Rechtsbewußtsein bei einer Obligation auf Rückgabe

---

[11]) Vgl. Bd. I, § 13, S. 133, 134.

vertretbarer Sachen am Interesseanspruch keinen Anstoß nimmt, zumal einer Obligation, die nach Römischer Anschauung für unsere Mahnung völlig unempfindlich war — was steht im Wege: die Mahnung in gleicher Weise auf solche Obligationen einwirken zu lassen, bei denen es sich um Rückgabe einer nicht vertretbaren Sache handelt? Warum soll z. B. ein Ehemann bloß dann von der Mahnung an das Interesse zu erstatten haben, wenn die herauszugebende Mitgift in einem Capital, warum nicht auch dann, wenn sie z. B. in einem Grundstück bestand?

Diese Frage zu bejahen, wird uns folgende Betrachtung noch geneigter machen. Wir haben gesehen: daß die Römer auf diese Obligation als Mahnungswirkung auch die Obligationsverlängerung übertrugen, wonach der gemahnte Ehemann für Zufall haftete [12]. Nimmt man nun mit mir an, daß diese Haftung für Zufall heutzutage vom Interesse-Gesichtspunkte aus zu beurtheilen ist [13]; so haben wir ja schon in einem Falle einen Interesseanspruch. Und was wir in einer Beziehung zulassen, können wir unmöglich in anderer Beziehung zurückweisen.

Was aber von der Mahnung, muß in gleicher Weise von der Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" gelten. Und so gelangen wir für die Obligationen, bei denen es sich um Rückgabe einer Sache handelt, zu dem Satze: daß sich hier heutzutage der Interesseanspruch jedenfalls mit der Mahnung und der obigen Rechtsregel verbindet.

In dieser Beziehung taucht indes noch ein Bedenken auf. Das Römische Recht hat den Interesseanspruch bei den fraglichen Obligationen nur dann, wenn auf Seiten des Schuldners Verschuldung vorliegt. Thun wir nun nicht vielleicht dem Römischen Rechte Gewalt an, indem wir hier den Interesseanspruch auch mit der Mahnung verknüpfen? Ist eine derartige Gebietserweiterung in Bezug auf diese Mahnungswirkung nicht etwa dem Römischen Rechte entgegen?

Hierauf habe ich zunächst zu erwidern: daß wir anlangend unsere Mahnung heutzutage in gar vielen Punkten durchaus unrömisch denken. So ist z. B. der Satz, daß ein Darlehensschuldner für's Interesse aufzukommen habe, so unrömisch, wie nur möglich. In Bezug auf

---

[12]) fr. 25 § 2, fr. 26 S. M. 24, 3.

[13]) Siehe oben S. 45 fgg.

die obige Gebietserweiterung glaube ich aber gar nicht einmal: daß sie dem Geiste des Römischen Rechts so sehr zuwider sei.

Allerdings setzt Contractsculpa bezw. Dolus, wenigstens nach geläuterter Römischer Anschauungsweise [14]), Wissen um die Schuld voraus [15]). Wenn also der Erbe eines Depositars, weil er vom Depositum nichts weiß, die deponirte Sache vernichtet, so geht er leer aus. Dies soll sich nun anders verhalten, wenn er eine Mahnung nicht beachtete, in diesem Falle soll ein Interesseanspruch entstehen: scheint hier nicht ein Widerspruch vorzuliegen?

Allein die Sache verhält sich denn doch wohl ein klein wenig anders: ob ich mir einen Erben denke, dem ein Gläubiger gegenüber getreten ist, dem ein Gläubiger genau die Sache bezeichnet hat, die er beim Erblasser deponirte; oder einen Erben, der ganz ahnungslos in Bezug auf irgend welche Gläubigerrechte die deponirte Sache vernichtete. Die Nichtbeachtung der Mahnung folgt der Mahnung erst nach. Nicht also mit einem Erben, der vor der Mahnung, sondern mit einem Erben, der nach der Mahnung vernichtete, müssen wir hier vergleichen. Würden wir aber auch den Erben frei ausgehen lassen, der die deponirte Sache nach der Mahnung vernichtet hätte? Schwerlich. Denn dieser Erbe hätte die Möglichkeit in Betracht ziehen müssen, daß die fragliche Sache dem Gläubiger, der sie gefordert hatte, gehören könne; also durfte er nicht vernichten; und also muß er, weil er vernichtete, das Interesse ersetzen. Genau so steht der Erbe da, welcher eine Mahnung nicht beachtete. Auch dieser mußte die Möglichkeit in Betracht ziehen, daß die fragliche Sache dem Gläubiger, der sie gefordert hatte, gehören könne. Hielt er den Gläubiger für einen Lügner, so war es ihm freilich unverwehrt, die Sache zurückzuhalten, und es auf einen Proceß ankommen zu lassen. Andererseits trägt er aber auch die ganze Verantwortlichkeit dieses Schrittes, und hat demzufolge, wenn sich die Angaben des Gläubigers später als wahr herausstellen sollten, diesem das Interesse zu erstatten, ihn z. B. für zufälligen

---

[14]) Spuren und Nachwirkung einer älteren Anschauung: § 16 J. Leg. 2, 20 (Julianus); fr. 25 § 2 ad S. C. Treb. 36, 1 (Julianus); fr. 91 § 2 V. O. 45, 1 (Paulus und Julianus); fr. 28 qui et a quib. 40, 9 (Paulus); fr. 112 § 1 Leg. I (Marcianus libro VI Institutionum).

[15]) fr. 1 § 47 Depositi 16, 3 (Ulp.); fr. 2 eodem (Paulus); fr. 65 § 8 de cond. indeb. 12, 6 (Paulus); vgl. auch fr. 39 de M. C. don. 39, 6 (Paulus).

Untergang zu entschädigen, wenn dieser Zufall die Sache bei beachteter Mahnung nicht betroffen hätte.

Zudem verlangen die Römer für ihre Obligationsverlängerung in dieser Beziehung ja nur aliqua justa causa, propter quam intellegere deberes [16]) — warum sollten wir also den Interesseanspruch an härtere Bedingungen knüpfen [17])?

Wie steht es hier denn aber um die Rechtsregel: der Tag mahnt für den Gläubiger? Wenn der Erblasser sich verpflichtete: die deponirte Sache an einem bestimmten Tage dem Deponenten wieder zuzustellen, vor diesem Tage aber starb, und der Erbe weder vom Depositum noch dieser bestimmten Verabredung etwas wußte: ist es da nicht unbillig, daß dem ganz ahnungslosen Erben gegenüber ein Interesseanspruch entsteht? Allein es handelt sich hier um einen Interesseanspruch, der in einer Handlungsweise des Erblassers seinen Grund hat, und die Handlungen des Erblassers muß der Erbe überhaupt vertreten. Wenn z. B. der Erblasser ausdrücklich verheißen hätte, das gesammte Interesse zu ersetzen, falls die Sache nicht an dem bestimmten Tage zurückgegeben werden sollte; so würden wir doch kein Bedenken tragen, den Erben für das Interesse verantwortlich zu machen. Nun behandelt aber das Recht den Fall, wenn die Leistung an einem bestimmten Tage versprochen wurde, gerade so, als ob der Gläubiger für den entgegengesetzten Fall sich zur Erstattung des Interesse erboten hätte. Also muß auch in diesem Falle der Erbe für's Interesse aufkommen, ebenso wie wenn bereits der Erblasser eine Mahnung unbeachtet gelassen hätte, und der Erbe von dieser Mahnung gar nichts wußte.

Jetzt wären noch die Vermächtnisse zu betrachten. In dieser Beziehung wird zwar auch heutzutage ein Interesseanspruch durch die Mahnung hervorgerufen; nicht aber greift hier die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger“ ein [18]).

So steht denn das heutige Recht den vier Obligationen-Gattungen gegenüber, welche wir nach Römischem Rechte zu unterscheiden hatten, folgendermaßen da.

Bei den Obligationen, welche von der Fälligkeit an aufs Interesse

---

[16]) fr. 5 R. C. 12, 1.

[17]) Vgl. Bd. I, S. 333—335.

[18]) Siehe Bd. I, S. 128, 129.

gehen, erscheint diese Wirkung der Mahnung auch heutzutage als Ausfluß eines höhern Princips: sie erzeugt einen Interesseanspruch, wenn und soweit sie die Fälligkeit herbeiführt.

Bei den Geldobligationen des heutigen Rechts wird der Interesseanspruch durch unsere Mahnung wie durch die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" hervorgerufen.

Mindestens nicht schlechter können heutzutage die Obligationen dastehen, bei denen es sich um Rückgabe einer nicht vertretbaren Sache handelt. Außerdem kann hier bei dem durch Verschuldung des Schuldners entstandenen Interesseanspruch unsere Mahnung für die Frage von Wichtigkeit werden: von welchem Augenblicke an das Verzugsinteresse zu datiren sei.

Diese letztere Bedeutung hat die Mahnung auch für die Vermächtnisse bei einem hier durch Verschuldung entstehenden Interesseanspruch. Außerdem erzeugt die Mahnung hier selbstständig einen Interesseanspruch, während die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" hier nicht eingreift.

Nachdem jetzt das Verhältnis des heutigen Rechts zu den vier Obligationen-Gattungen, welche wir hier nach Römischem Recht zu unterscheiden hatten, so weit für unsern Zweck erforderlich, erörtert worden, können wir die Frage: wie weit das Gebiet der in Frage stehenden Mahnungswirkung heutzutage reiche — diesen Ausführungen zufolge füglich dahin beantworten: daß wir dieser Mahnungswirkung im allgemeinen keinen geringern Umfang werden beilegen wollen, als dem der Mahnung überhaupt. Doch sind einzelne Ausnahmen anzumerken. Einzelne Obligationen gibt es in der That, bei denen die Mahnung zwar andere Wirkungen hervorbringt, aber keinen Interesseanspruch erzeugt.

In diese Klasse von Obligationen gehört vor allen Dingen der Wechsel.

Beim Wechsel erzeugt die Mahnung lediglich einen Anspruch auf sechsprocentige Zinsen und hat keine weitergehende Wirkungen [19]. Die Präsentation verschafft dem Gläubiger allerdings auch weitergehende Repreßansprüche [20]; diese kümmern uns hier aber als solche nicht.

Es entsteht indes die Frage: wie es mit dem unterliegenden

---

[19]) Vgl. oben § 81, S. 256, 257.

[20]) A. D. W. O. Art. 41.

Verhältnis wird, wenn dieses durch die Ausstellung des Wechsels nicht aufgezehrt wurde.

Hier ist zunächst so viel klar: daß der Gläubiger sich seine Interesseansprüche ausdrücklich vorbehalten kann, für den Fall, daß der Wechsel nicht rechtzeitig eingelöst würde. Hiervon abgesehen, wird man ihm aber kaum einen Interesseanspruch zugestehen können. Denn wenn auch das unterliegende Verhältnis durch den Wechsel nicht aufgezehrt wurde, so folgt daraus doch nicht: daß die Ausstellung des Wechsels auf dasselbe in der fraglichen Beziehung ohne jeglichen Einfluß war. Auch sonst äußert die Ausstellung des Wechsels auf das bei Bestand bleibende unterliegende Verhältnis Wirkungen. Ich erinnere z. B. an den Fall, wenn über eine bereits fällige Schuld ein Wechsel, zahlbar drei Monate nach Dato, ausgestellt wird. Hier ist in Bezug auf das unterliegende Verhältnis ebenfalls eine dreimonatliche Frist ertheilt worden. Und ebenso kann durch Ausstellung eines Wechsels für das unterliegende Verhältnis bewirkt werden: daß in dieser Beziehung der Gläubiger ebenfalls verpflichtet ist, sich das Geld vom Schuldner abzuholen; nicht dieser nöthig hat, es zu bringen [21]).

Weshalb ich aber glaube, daß durch Ausstellung eines Wechsels dem Gläubiger auch in Bezug auf das unterliegende Verhältnis sein Interesseanspruch verloren geht, falls derselbe nicht besonders vorbehalten worden: dafür ist dies mein Grund. Daß nach Ausstellung eines Wechsels auf das unterliegende Verhältnis zu dem Zwecke wieder zurückgegriffen wird, um statt des Zinsenanspruches einen Interesseanspruch auszuüben: ist ein ganz außergewöhnlicher Fall. Von einem Gläubiger aber, der außergewöhnliche Wege betreten will, ist es nicht zu viel verlangt, wenn man ihm zumuthet: seine Befugnis dazu durch ausdrückliche Vereinbarung nachzuweisen.

Den Satz, den wir hier fanden, können wir demnach so fassen. In der Annahme eines Wechsels liegt auch für das unterliegende Verhältnis ein stillschweigender Verzicht auf später mögliche Schadensersatzansprüche, sofern dieselben den Betrag der Mahnungszinsen überschreiten, und nicht besonders vorbehalten sind.

Eine weitere Ausnahme bildet der Verzug des Actionairs. Der in dieser Beziehung in Betracht kommende Artikel 220 des H. G. B. lautet:

---

[21]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. 25, Nr. 224.

„Ein Actionair, welcher den Betrag seiner Actie nicht zur rechten Zeit einzahlt, ist zur Zahlung von Verzugszinsen von Rechts wegen verpflichtet.

„Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall der verzögerten Einzahlung des gezeichneten Actienbetrages oder eines Theils desselben Conventionalstrafen ohne Rücksicht auf die sonst stattfindenden gesetzlichen Einschränkungen festgesetzt werden, auch kann bestimmt werden, daß die säumigen Actionaire ihrer Anrechte aus der Zeichnung der Actien und der geleisteten Theilzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig gehen."

Dieser Artikel ist wörtlich dem Art. 187 Abs. 1 und 2 des Preußischen Entwurfes entnommen, in Bezug auf welchen die Motive dies besagen:

„Die Nothwendigkeit der Festsetzung strengerer, als der gewöhnlichen Rechtsnachtheile für den Fall der verzögerten Einzahlung der Beiträge ergibt sich aus der Erwägung, daß durch derartige Verzögerungen das ganze Unternehmen gehemmt werden und für die Gesellschaft unter Umständen ein bedeutender Nachtheil entstehen kann."

Darnach scheint es fast: als ob durch den in Frage stehenden Artikel die Befugnisse des Gläubigers nur hätten gemehrt, nicht aber verringert werden sollen.

Allein andererseits wird es doch die Absicht gewesen sein: den Gläubiger durch diesen Artikel ausreichend zu schützen. Und da wir unter den Wirkungen des Verzugs den Interesseanspruch nicht mit aufgeführt finden, so scheidet diese Wirkung hier aus.

Der Gläubiger, welcher mit bloßen Mahnungszinsen nicht zufrieden ist, wird darauf hingewiesen: sich für den Fall nichtbeachteter Mahnung anderweitige Vortheile auszubedingen. Und nur sofern er dies gethan, hat er auf solche anderweitigen Vortheile Anspruch.

Worauf ich aber mehr Gewicht lege — der Artikel läßt sich auch sachlich in folgender Weise rechtfertigen.

Was würden das wohl für Monstreprocesse werden, wenn ein Theil der Actionaire die Einzahlung des Actienbetrages ganz oder theilweise verweigerte, und der andere Theil gegen diese säumigen Actionaire mit Interesseliquidationen vorgehen wollte! Es sollte z. B. der Schaden ermittelt werden, der den prompten Zahlern dadurch entstanden wäre, daß wegen Säumigkeit des andern Theils das Unter-

nehmen nicht in's Leben trat! Da ist es doch weit einfacher und sachgemäßer, daß gleich von vorne herein der Schaden ganz bestimmt festgesetzt wird, welcher die säumigen Actienzeichner treffen soll.

Eine Erklärung bedarf noch im Gesetze die Ausdrucksweise Verzugszinsen von Rechtswegen. Damit hat ohne Zweifel ausgesprochen werden sollen: daß in dieser Beziehung der Satz „der Tag mahnt für den Gläubiger" allgemein in Deutschland gelten solle, einerlei, was in dieser Beziehung die einzelnen Sonderrechte im übrigen festsetzen. Gleichwohl werden durch diesen Ausdruck auch unsere Mahnungszinsen mit umfaßt. Auch für diese bleibt noch Raum übrig: nämlich überall da, wo diese Einzahlungen auf die Actien statutenmäßig von den einzelnen Actionairen abgeholt werden müssen.

Abgesehen von diesen beiden so eben besprochenen Ausnahmen, wird man aber daran festzuhalten haben: daß das Gebiet der Mahnung auch in Bezug auf den Interesseanspruch so weit reicht, als das Gebiet der Mahnung überhaupt; doch auch nicht weiter.

So ist z. B. das Schenkungsversprechen vom Gebiete der Mahnung, wenigstens der einfachen, ausgeschlossen [22]). Deshalb erzeugt die einfache Mahnung hier auch keinen Interesseanspruch.

In dieser Beziehung hat indes Mommsen eine ganz eigenthümliche Ansicht aufgestellt. Derselbe sagt [23]):

„Der Anspruch auf Verzugszinsen wird hier dem Gläubiger aus Gründen der Billigkeit versagt, nämlich deshalb, weil es als unbillig angesehen wird, dem Gläubiger außer dem Gewinn, der ihm durch die Zahlung der ihm versprochenen Geldsumme zufällt, noch einen ferneren Gewinn auf Kosten des Schuldners, dessen Freigebigkeit er allein den Gegenstand der Obligation verdankt, zuzubilligen. Gehen wir aber davon aus, so werden wir dem Gläubiger bei dem auf eine Geldsumme gerichteten Schenkungsversprechen nur insoweit einen Anspruch auf ein neben dem versprochenen Gelde zu leistendes Interesse einräumen können, als er durch die Verzögerung der Leistung einen positiven Schaden erlitten hat."

Das ist zu fein ausgesonnen und findet weder an der geschichtlichen Entwicklung der nachrömischen Mahnungszinse, noch dem hier in Betracht kommenden fr. 22 de don. 39, 5 die mindeste Unter=

---

[22]) Vgl. Bd. I, § 15, S. 149, Bd. II, § 101, § 102.

[23]) a. a. O. S. 250—252.

stützung. Man hat freilich auch noch fr. 41 § 1 de re judicata 42, 1 hierher gezogen. Allein hier handelt es sich einentheils um eine rei vindicatio, anderntheils um den Umfang des dem Schenker zustehenden beneficium competentiae [24]). Was aber fr. 22 de don. 39, 5 anbetrifft, so wird dem Gläubiger aus einer Stipulation ein Anspruch auf Mahnungszinsen, einschließlich der Werthzinsen [25]), aus zwei Gründen versagt: einmal weil es sich hier nicht um einen gutgläubigen Vertrag handle, sodann weil es die höchste Billigkeit sei „summae aequitatis est". Der erste Grund ist im heutigen Recht weggefallen, dagegen am zweiten hält man noch fest. Vielleicht hätte man sich auch über diese Begründung hinwegsetzen können [26]). Will man aber einmal dran festhalten, dann nur keine Halbheit. Denn daß man das Recht ganz ohne Noth verwickelt macht, kann zu nichts führen.

Die Ausdrucksweise „summae aequitatis" erklärt sich vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus so. Das Römische Recht erblickte in der Mahnungszinse einen Nachtheil, welcher den gemahnten Schuldner treffen sollte [27]). Die Billigkeit, von der Modestin in unserer Stelle spricht, besteht demnach darin: daß den gemahnten Schuldner in dieser Beziehung kein Nachtheil treffen soll. Was aber von einem Nachtheil, muß auch von andern gelten. Und so gelangen wir zu dem Satze: daß beim Schenkungsversprechen von Wirkungen der Mahnung überhaupt keine Rede sein kann.

Am allerwenigsten läßt sich aber vom Standpunkte des nachrömischen Rechtes aus beim Schenkversprechen einer Geldsumme ein Interesseanspruch, sei es auch in noch so bescheidenem Umfange, halten, soweit man die Mahnungszinse Preis gibt; da sich diese ja erst aus dem Interessebegriff entwickelt hat. Außerdem dürfte sich eine solche Unterscheidung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn, wie Mommsen sie vornimmt, gar nicht streng durchführen lassen; mindestens führt eine derartige Unterscheidung zu einem ganz eigenthümlichen Ergebnis.

Man setze folgenden Fall. A hat dem B 100 schenkungsweise

---

[24]) Vgl. zu dieser Stelle Bethmann-Hollweg, Anhang IV zu Hasse's Culpa, zweite Ausgabe, S. 561. Mommsen, a. a. O., S. 233, Anm. 18.

[25]) Siehe oben § 79, S. 223.

[26]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. V, Nr. 284.

[27]) Siehe oben § 79 im A. S. 218, 219.

versprochen. Weil A den B im Stiche läßt, ist derselbe genöthigt, ein fünfprocentiges Darlehen aufzunehmen. Das wäre denn doch wohl positiver Schade, der nach Mommsen ersetzt werden müßte. Wenn nun aber B statt dessen einen fünfprocentigen Posten, den er ausstehen hatte, aufnimmt: ist das eigentlich positiver Schade oder entgangener Gewinn? Jedenfalls sieht man nicht ein: warum es sich in diesem Falle anders verhalten soll, als im ersten. Und warum es im zweiten wieder anders sein soll, als wenn B z. B. die hundert baar liegen gehabt hätte, und noch nicht dazu gekommen war, sie zu fünf Procent zu belegen?

Sofern es sich um andere Sachen, z. B. fruchttragende, handelt, meint Mommsen, müsse der gemahnte Schenkversprecher wenigstens die Bereicherung herausgeben. Auch hier bin ich anderer Ansicht. Schon deshalb: weil man dann auch bei Geldsummen einen Anspruch auf die Zinsen, um welche der Schenkversprecher bereichert wäre, zulassen müßte.

Ueberhaupt mag zur Rechtfertigung des Satzes: daß den gemahnten Schenkversprecher keine Nachtheile treffen sollen, noch dies bemerkt werden.

Wer schenkt, will jemand sein Wohlwollen bezeigen. Deshalb erscheint es in vielen Fällen schon als große Unzartheit, wenn derjenige, dem ein Schenkversprechen gegeben worden, wegen Erfüllung desselben mahnen wollte. Vollends einen eigenthümlichen Anstrich erhält aber dieses Wohlwollen, wenn es erst auf dem Wege der Klage geltend gemacht werden muß. Ein anständiger Mann, den nicht gar zu große Noth treibt, denkt daher nicht daran: ein Schenkversprechen auf dem Wege der Klage geltend zu machen. Wir sahen früher, daß man sich die Mahnung als eine Vorstufe der Klage zu denken habe[28]): der Gläubiger versucht es erst mit der Mahnung, und wenn diese nicht zum Ziele führt, schreitet er zur Klage. Dieser Gesichtspunkt trifft indes beim Schenkversprechen nicht zu. Denn wenn auch der Gläubiger wegen Erfüllung des Schenkungsversprechens mahnen sollte, so pflegt einer nicht beachteten Mahnung hier doch nur selten eine Klage nachzufolgen. Aber andererseits hat der Gläubiger, welcher sich zu diesem Schritte entschließt, das strenge Recht für sich. Deshalb

---

[28]) Vgl. oben Bd. I, S. 344. Siehe auch schon Brinz, Pandekten, § 128, S. 548 fgg. und § 338, S. 1512.

habe ich auch nichts dagegen einzuwenden: daß, wenn es aus einem Schenkungsversprechen ausnahmsweise einmal zur Klage kommt, mit der Klagmittheilung die vollen Wirkungen der Römischen Litiscontestation verknüpft werden, und so auch die Wirkungen der Mahnung, sofern die Klagmittheilung die Erfordernisse der Mahnung in sich vereinigt. Denn die Litiscontestation erzeugte auch anderswo einen Anspruch z. B. auf Zinsen, wo die Römer ihn mit der Mahnung nicht verknüpften [29]).

Diese Anschauung scheint auch in der Praxis die maßgebende zu sein: wenigstens deuten, sofern es sich um Zinsen handelt, drei Erkenntnisse aus Seuffert's Archiv darauf hin [30]). Nur drückt man den betreffenden Rechtssatz, sofern die Wirkungen der Mahnung und der Litiscontestation zusammenfallen, richtiger so aus: bei Schenkversprechen u. dgl. ist zwar die einfache Mahnung wirkungslos, nicht aber die Mahnung in Gestalt der Klagmittheilung [31]).

Was vom Schenkungsversprechen im allgemeinen, muß übrigens auch von remuneratorischen gelten [32]). Und ebenso wenig kann der Erbe eines Schenkversprechers anders behandelt werden, als dieser selbst; obwohl sich ein Erkenntnis des O. A. G. zu Celle in entgegengesetztem Sinne ausgesprochen hat [33]).

Ferner wird man, was in dieser Beziehung vom eigentlichen Schenkversprechen gilt, auch auf jedes Liberalitätsversprechen anzuwenden haben: z. B. auf das Versprechen, etwas leihen zu wollen; das Versprechen eines zinsenlosen Darlehens u. s. w.

Hierher gehört denn auch das einem Ehemann oder Bräutigam von einem extraneus gemachte Versprechen einer Mitgift [34]). Jedoch muß der Fall nicht so liegen, daß der Betreffende gerade durch ein solches Versprechen veranlaßt wurde, zu heirathen, denn dann trifft vielmehr der Gesichtspunkt zu: nec decipiendus, quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere [35]).

Ferner gehört hierher die Pollicitation [36]).

Wie wird es nun aber, wenn über das Schenkungsversprechen

---

[29]) Siehe unten § 101, Nr. VI.

[30]) Seuffert's Archiv, Bd. V, Nr. 19, Nr. 284; Bd. XVII, Nr. 220.

[31]) Siehe unten § 101 gegen Ende.

[32]) Seuffert's Archiv, Bd. I, Nr. 55.

[33]) Seuffert's Archiv, Bd. V, Nr. 19.

[34]) Vgl. Bd. I, S. 149.

[35]) Vgl. fr. 9 § 1 de c. c. d. c. n. s. 12, 4.

[36]) Vgl. oben § 77, S. 177.

ein Wechsel ausgestellt wird? Kann auch in solchem Falle der gemahnte Schenkversprecher sich ebenso wie der Römische Stipulationsschuldner auf aequitas berufen? Da möchte ich denn doch glauben: daß heutzutage die Ausstellung eines Wechsels in dieser Beziehung etwas anders aufgefaßt werden muß, als eine Römische Stipulation. Denn eine Stipulation schloß in Rom jeder Schuldner ab, der ein klagbares Versprechen, namentlich auch ein klagbares Schenkungsversprechen [37]), von sich geben wollte. Heutzutage ist das Versprechen schon ohnehin klagbar, zu diesem Zwecke also die Ausstellung eines Wechsels nicht erforderlich. Ein Schenkversprecher, der heutzutage einen Wechsel ausstellt, will nicht bloß aus dem Schenkversprechen haften, sondern sich gleichzeitig den Nachtheilen des Wechselrechts unterwerfen. Zu diesen Nachtheilen gehört aber auch, daß der Wechselschuldner sechsprocentige Mahnungszinsen [38]) zu entrichten hat. Und wie die andern, so wird er auch diesen Nachtheil zu tragen haben.

Schließlich mag noch darauf hingewiesen werden: daß der Verzug da nicht im Stande ist, einen Interesseanspruch zu erzeugen, wo es sich um eine allgemeine Verpflichtung in Bezug auf Sicherstellung handelt. Sofern die Verpflichtung in Frage steht, einen bestimmten Bürgen zu stellen, ist allerdings ein Interesseanspruch als Wirkung unserer Mahnung denkbar, wie wir im vorigen Paragraphen bei Gelegenheit von fr. 14 § 2 de pec. const. 13, 5 gesehen haben [39]). Aber wenn jemand dem Gläubiger z. B. ganz allgemein versprochen hat, er werde ihm für die Erfüllung einer Verbindlichkeit Sicherheit stellen; so kommt die Sicherheit, so lange die Verbindlichkeit besteht; immer noch zu rechter Zeit. Und ist die Verbindlichkeit erfüllt, so wird die Sicherheit überflüssig. Es leuchtet demnach ein: daß eine Mahnung in diesem Fall weder einen Interesseanspruch, noch sonst eine Wirkung erzeugen kann.

So sehr dieser Satz auf der Hand zu liegen scheint, ist er gleichwohl vom Berliner Oberappellationsgericht verkannt worden, wodurch dieser Gerichtshof zu einer merkwürdig verkehrten Entscheidung veranlaßt ist [40]). Freilich handelt es sich dort um Wirkungen der Litis-

---

37) Fr. Vat. § 263.

38) Vgl. oben § 81, S. 256.

39) Vgl. oben § 88, S. 395, 396.

40) Seuffert's Archiv, Bd. XXI, Nr. 216.

contestation. Allein von diesen gilt in dieser Beziehung ganz dasselbe, wie von den Wirkungen der Mahnung.

Es ist allerdings richtig: wenn jemand wegen Rückgabe einer Sache Sicherheit zu leisten hat, daß ihm dann diese Sache so lange vermittelst Mahnungseinrede vorenthalten, und er am Fruchtgenuß so lange gehindert werden kann, bis die Sicherheit gestellt ist. Ist aber der zur Stellung der Sicherheit Verpflichtete bereits im Besitz der Sache, so kann er doch nicht am Fruchterwerb gehindert werden; und ich wüßte wahrlich nicht anzugeben, durch welches Rechtsmittel einem solchen die gezogenen Früchte u. dgl. abgeholt werden könnten. Denn der mahnende Gläubiger soll nicht etwa das haben, was er gehabt hätte, wenn er in der glücklichen Lage gewesen wäre, eine Mahnungseinrede geltend zu machen, und der Schuldner sie nicht beseitigt hätte. Der Interesse-anspruch verschafft dem Gläubiger vielmehr nur das, was dieser gehabt, wenn der Schuldner die Mahnung beachtet hätte. Das ist aber bei einer allgemeinen Verpflichtung auf Sicherheitsleistung gleich Null.

Somit dürfte das heutige Gebiet der in Frage stehenden Mahnungswirkung hinlänglich festgestellt sein. Jetzt werden wir uns mit dem Inhalte dieses Interesseanspruches noch etwas ausführlicher beschäftigen müssen. Davon im folgenden Paragraphen.

§ 90.

Interesse. — Heutiges Recht. — Inhalt.

Bereits im § 88 faßten wir die Stellen, welche mit unserer Mahnung einen Interesse-Anspruch verbinden, auch insofern in's Auge, als wir den Inhalt darlegten, den hier der Interesse-Anspruch hatte. Namentlich sahen wir schon: daß der gemahnte Schuldner nicht blos den definitiven Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn zu erstatten habe. Im übrigen kommen für die Frage: welchen Inhalt der dem gemahnten Schuldner gegenüber geltend zu machende Interesse-Anspruch habe — die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung, die für den Interesse-Anspruch überhaupt gelten, was jetzt noch im einzelnen näher ausgeführt werden soll.

1. Vor allen Dingen sind, worauf bereits mehrfach hingewiesen wurde, die Begriffe Interesse-Surrogat und Interesse auseinander zu halten. Der Anspruch auf Zinsen ist z. B. ein Anspruch auf ein Interesse-Surrogat, nicht aber ein Interesse-Anspruch. Und ebenso ist

es ein Interesse-Surrogat, von dem Pomponius in fr. 3, § 3, A. E. V. 19, 1, redet. Beide Begriffe werden aber noch in allen Darstellungen über das Interesse zusammen geworfen, und so auch bei Windscheid[1]).

2. Ferner ist vom Interesse-Anspruch der Gesichtspunkt der Bereicherung fern zu halten. Der Interesse-Anspruch gewährt dem Gläubiger: was derselbe gehabt, wenn der Schuldner die Mahnung beachtet hätte — nicht: was der Schuldner nicht gehabt, wenn er die Mahnung beachtet hätte[2]).

3. Auch soll der mahnende Gläubiger nicht etwa das haben, was er gehabt hätte, wenn er in der glücklichen Lage gewesen wäre, eine Mahnungseinrede geltend machen zu können, und der Schuldner sie nicht beseitigt hätte[3]).

4. Dem Gläubiger muß das werden, was derselbe zur Zeit der Erfüllung gehabt, wenn der Schuldner die Mahnung beachtet hätte. Es ist verkehrt: wenn Windscheid statt von einer Zeit der Erfüllung von einer Zeit des Urtheils spricht[4]). Auf ein rechtskräftiges Urtheil können möglicherweise noch Executionsinstanzen folgen, die Jahre lang dauern.

5. Interesse ist Vermögensunterschied und ein Haupterforderniß dieses Begriffes der ursachliche Zusammenhang. Der gemahnte Schuldner hat nur den Vermögensunterschied auszugleichen, der sich als eine Folge der nichtbeachteten Mahnung darstellt. Aus diesem Grunde ist der Interesse-Anspruch bei Geldleistungen und Leistungen auf marktgängige Waaren gerade ein so schwieriger Begriff, wie bereits früher hervorgehoben wurde[5]). Aus diesem Grunde sieht man sich gerade auf diesen Gebieten vorzugsweise gerne nach einem Interesse-Surrogate um. Dieser Gedanke mag hier noch etwas näher ausgeführt werden.

Es handle sich um eine Leistung marktgängiger Waaren, z. B. hundert Scheffel Roggen, die der Gläubiger weiter verkauft hat. Der Schuldner läßt die Mahnung unbeachtet, liefert nicht. Nun ist man nur gar zu leicht geneigt, so zu folgern: weil der gemahnte Schuldner

[1]) Pandekten, Bd. II, § 258, Anm. 7 und 8.
[2]) Vgl. oben § 82, S. 258, 259.
[3]) Siehe den vorigen § 89, S. 425.
[4]) Pandekten, Bd. II, § 258, S. 29.
[5]) Vgl. z. B. oben § 70, S. 103 und sonst.

nicht lieferte, kann auch der Gläubiger seinem Käufer nicht liefern; daher muß der gemahnte Schuldner dem Gläubiger auch das Interesse erstatten, was dieser seinem Käufer ersetzen muß. Und wenn nun vielleicht dieser ebenfalls weiter verkauft hätte, kommt noch gar das Interesse des käuferischen Käufers hinzu u. s. w. u. s. w.

Allein bei dieser Schlußfolgerung ist ein Glied in der Kette ausgelassen, das nothwendig hinein gehört. Denn wenn der gemahnte Schuldner seinem Gläubiger nicht leistet, so folgt daraus noch gar nicht nothwendig, daß dieser seinem Käufer nicht gerecht werden kann. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der gemahnte Schuldner ganz bestimmte hundert Scheffel Roggen schuldete, und der Gläubiger diese ganz bestimmten Scheffel Roggen weiter verkauft, der neue Käufer auch nicht nöthig hätte, sich ein aliud pro alio, z. B. andern Roggen von derselben Güte, aufdringen zu lassen; was man aber in einem Falle dieser Art annehmen müßte[6]), sofern nicht das Gegentheil ausdrücklich vereinbart worden. Und da derartige Vereinbarungen etwas ganz außergewöhnliches wären, hätte der Schuldner wohl einen Anspruch darauf: daß der beabsichtigte oder bereits erfolgte Abschluß einer solchen Vereinbarung ihm gleich bei Eingehung des mit ihm abgeschlossenen Kaufvertrages mitgetheilt wäre. Schuldet nun aber gar der gemahnte Schuldner ganz allgemein hundert Scheffel Roggen, so stand jedenfalls nichts im Wege, daß der Gläubiger sich diesen Roggen anderweitig verschaffte, und so seinem Käufer gerecht wurde. Vielleicht hatte er gar selber diese hundert Scheffel noch auf seinen Kornböden. In solchen Fällen findet demnach ein ursachlicher Zusammenhang zwischen der Nichterfüllung des gemahnten Schuldners seinem Gläubiger gegenüber und der Nichterfüllung dieses Gläubigers seinem Käufer gegenüber nur unter der Voraussetzung statt, daß der Gläubiger nachweist: er habe hundert Scheffel Roggen weder anderweitig gehabt, noch sich anderweitig verschaffen können.

Ebenso steht ein Gläubiger da, der behaupten wollte: seine Pferde seien ihm verhungert, weil der gemahnte Schuldner den schuldigen Hafer nicht geliefert habe. Auch dieser Gläubiger würde nachzuweisen haben: daß er sich für seine Pferde keine anderweitigen Nahrungsmittel habe verschaffen können[7]).

Und nicht anders verhält es sich mit einem Gläubiger, der geltend

---

[6]) Vgl. fr. 9, pr. Loc. Cond. 19, 2, und dazu unten § 91.

[7]) Dieser Beweis ist dem Gläubiger aber auch freizulassen, obwohl

machen wollte: daß wegen verspäteter Lieferungen seine Mühle stille gestanden habe. Vgl. Entsch. des R.O.H.G. Bd. III, S. 273—275.

Ganz dasselbe trifft für Geldleistungen zu. Wenn jemand Rothschild hundert Thaler schuldig ist, und derselbe eine Mahnung unbeachtet läßt; so folgt daraus noch nicht: daß nun Rothschild auch seinem Gläubiger keine hundert Thaler zahlen kann. Rothschild müßte vielmehr den Nachweis liefern: daß er die hundert Thaler weder anderweitig gehabt, noch sich anderweitig habe verschaffen können.

Aber ausgeschlossen ist der Interessebegriff bei Geldleistungen an sich nicht, und es sind auch Fälle denkbar, wo der Interesse-Anspruch practisch wichtig werden kann. Es hat z. B. jemand einem Hausbesitzer einen Hausposten zugesagt, der diesem gekündigt war, und der nur mittelmäßige Sicherheit darbot. Wenn hier der Schuldner eine Mahnung unbeachtet läßt, der Hausbesitzer sich das Geld nicht anderweitig verschaffen kann, und in Folge dessen sein Haus auf dem Subhastationswege zum Spottpreise verkauft wird: so muß der Schuldner hier das gesammte Interesse erstatten.

Ein anderes Beispiel wäre dies: wenn jemand an einem fremden Orte Geld zu fordern hätte, der Schuldner eine Mahnung unbeachtet ließ, und es dem Gläubiger wegen gänzlicher Unbekanntschaft an dem betreffenden Orte nicht möglich war, sich das Geld, das er zum Einkauf von Waaren oder dgl. nöthig hatte, anderweitig rechtzeitig zu verschaffen [8]).

Außerdem ist der Interesse-Anspruch bei Geldschulden aber noch immer insofern von Wichtigkeit, als die Kosten, welche der Gläubiger, der sich das Geld anderweitig anschaffte, an Provision, Zinsen u. dgl. hatte, durch den Anspruch auf Mahnungszinsen nicht gedeckt werden.

Immerhin bleibt indes der Interesse-Anspruch bei Geldleistungen und Leistungen auf marktgängige Waaren ein schwieriger Begriff. Dagegen ist er recht zu Hause bei fruchttragenden Sachen. Wenn hier der Schuldner die Mahnung unbeachtet läßt, kann der Gläubiger ruhig die Hände in den Schooß legen, und zu einer ihm beliebigen Zeit folgendes Rechenexempel mit dem Schuldner anstellen: wenn du die Mahnung beachtet hättest, hätte ich so und so viel Früchte gezogen, die sind mir jetzt entgangen, folglich zahle so und so viel.

Paulus in fr. 21, § 3, A. E. V. 19, 1, selbst hiervon nichts wissen zu wollen scheint.

[8]) Vgl. fr. 2, § 8, de eo quod certo loco 13, 4, wo freilich die gänzliche Unbekanntschaft an dem betreffenden Ort nicht hervorgehoben wird, obwohl eine derartige Ergänzung nahe liegt.

Ist es aber nicht vielleicht ein Widerspruch: hier soll der Gläubiger ruhig die Hände in den Schooß legen können, und doch Anspruch auf entgangenen Gewinn haben; dagegen wo es sich um Geldleistungen oder Leistungen auf marktgängige Waaren handelt, soll der Schuldner sich nach anderweitigem Gelde oder anderweitiger Waare umsehen müssen?

Allein im einen Falle handelt es sich um die Frage: ob der Gläubiger dem gemahnten Schuldner gegenüber zu einer positiven Thätigkeit verpflichtet ist — eine Frage, die unbedenklich verneint werden muß.

Wenn der gemahnte Schuldner ein Landgut zu liefern hat, so ist der Gläubiger jedenfalls nicht verpflichtet, sich nach einem andern Landgute umzusehen. Eine solche Verpflichtung dem Gläubiger auferlegen, hieße nichts anders, als: seine Berechtigung dem Schuldner gegenüber verneinen. Hier kann es sich höchstens darum handeln: ob und in wie fern man den Gläubiger für berechtigt halten darf, ein anderes Landgut an Stelle des ihm vorenthaltenen zu erwerben.

Dagegen im andern Falle stellt sich die Frage so: ist der Gläubiger dadurch, daß der gemahnte Schuldner das Geld, die marktgängige Waare nicht lieferte an einer positiven Thätigkeit, z. B. Bezahlung einer Schuld, Fütterung seines Viehes, verhindert worden. Und diese Frage kann nur unter der Voraussetzung bejaht werden, wenn er nachweist: daß er das betreffende Geld oder die Waare oder das Viehfutter weder anderweitig hatte, noch sich anderweitig verschaffen konnte.

Man möchte freilich einwenden wollen: von einem Verhindertwerden an einer positiven Thätigkeit könnte nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß ein Dritter vorhanden, der berechtigt ist, diese positive Thätigkeit vom Gläubiger zu fordern. Denn dem in Civilunrecht befindlichen Schuldner gegenüber kann der Gläubiger doch unmöglich zu einer positiven Thätigkeit verpflichtet sein. Nun ist allerdings dieser Dritte da gegeben, wo es sich um Bezahlung einer Schuld handelt. Welcher Dritte kann aber vom Gläubiger begehren, daß er sein Vieh füttere?

Dieser Dritte ist das Sittlichkeitsgesetz, welches vom Eigenthümer verlangt, daß er sein Vieh nicht Hungers sterben lasse, wenn er sich Nahrungsmittel für dasselbe verschaffen kann. Und diese Forderung des Sittlichkeitsgesetzes ist es, welche hier den ursachlichen Zusammenhang unterbricht, wie dies auch sonst vorkommt.

Vgl. fr. 52, pr. ad leg. Aquil 9, 2. — Alfenus.

Si ex plagis servus mortuus est neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de injuria occiso eo agitur.

Hier ist z. B. die neglegentia domini eine neue selbstständige Causalität, welche eventuell den ursachlichen Zusammenhang mit der ersten Ursache, der Verwundung, unterbrechen würde [9]). Wem gegenüber hätte sich aber der Eigenthümer des Sclaven eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen? Doch unmöglich dem Beschädiger gegenüber: denn dieser hätte ja selber dafür Sorge tragen können, daß die Wunden des Sclaven verbunden würden u. s. w. Wohl aber läge eine Nachlässigkeit dem Sittlichkeitsgesetze gegenüber vor, welches dem Eigenthümer zumuthet, daß er seinen verwundeten Sclaven nicht hülflos lasse.

Uebrigens kann es bei Ermittelung dessen, was wirklich ursachlicher Zusammenhang im privatrechtlichen Sinne sei, unmöglich unsere Aufgabe sein, die in dieser Beziehung im Corpus juris getroffenen Entscheidungen mit aller Aengstlichkeit halten zu wollen [10]).

Im Römischen Recht geschieht bei Leistungen auf marktgängige Waaren nur eines Interesse-Surrogates Erwähnung, bei Geldleistungen ist der Interesse-Anspruch geradezu ausgeschlossen. In letzterer Beziehung kommt nur eine Ausnahme bei der actio de eo quod certo loco vor, sofern es sich um ein Schiffsdarlehen handelt, und ferner wohl auch beim Constitut.

Dieser Unterschied zwischen Römischem und heutigem Recht ist indes in der Theorie größer als in der Wirklichkeit. Denn da den obigen Ausführungen zufolge die Geldleistungen, wie die Leistungen auf marktgängige Waaren für den Interesse-Begriff ein schwieriges Gebiet sind, so wird der Gläubiger es meistens vorziehen, Interesse-Surrogate zu verlangen. So kommen denn auch Klagen, wo der Gläubiger bei Geldleistungen nur Mahnungszinsen verlangt, täglich hundert- und tausendfältig vor, während daneben die Fälle, wo bei

---

[9]) Vgl. zu dieser Stelle v. Bar, die Lehre vom Causalzusammenhange, S. 136, 142.

[10]) In dieser Beziehung habe ich Stellen wie fr. 21, § 3, A. E. V. 19, 1; fr. 2, § 8, de eo quod certo loco 13, 4, im Sinne. Vgl. oben Anm. 7 und 8.

Geldleistungen ein Interesse-Anspruch geltend gemacht wird, eine verschwindend kleine Zahl bilden.

6. Interesse ist Vermögensunterschied. Nun haben aber die Vermögensgegenstände häufig einen ganz verschiedenen Werth, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Angebots oder der Nachfrage stellt.

Wenn ich z. B. Bücher von einem Antiquar kaufen will, fordert derselbe mir ganz andere Preise ab, als er mir bietet, wenn ich welche an ihn zu verkaufen habe. Und selbst bei marktgängigen Waaren macht sich die Verschiedenheit des Angebots- und Nachfragepreises bemerkbar; worauf sich in den Courslisten die Rubriken Brief und Geld beziehen.

Im allgemeinen wird sich nun der gemahnte Schuldner gefallen lassen müssen, daß man ihm gegenüber den Nachfragestandpunkt einnimmt. Es hat jemand ein Buch verliehen, Mahnung ungeachtet nicht zurückerhalten, das Buch ist nach der Mahnung verbrannt, wäre die Mahnung beachtet, so wäre das Buch für den Gläubiger nicht untergegangen: wie viel ist hier zu ersetzen? Nicht das, was der Antiquar für ein solches Buch bietet, sondern was der Antiquar oder ein anderer Buchhändler für ein solches Buch fordert.

7. Nun enthielt aber dieses Buch werthvolle Notizen von einem verstorbenen Gelehrten, so daß der Untergang des Buches gleichzeitig ein Verlust für die Wissenschaft ist. Wie wird es mit dieser Einbuße, die die Wissenschaft erleidet? Die läßt sich weder vom Angebots- noch Nachfragestandpunkt aus schätzen und kann daher auch nicht erstattet werden.

Das Geld kann eben nicht alles ausgleichen. Und da man über den Nachfragewerth nicht füglich hinausgehen darf, sind Fälle denkbar, wo der Gläubiger zu wenig erhält. Das kommt aber nicht bloß bei unserer Mahnung, sondern auch anderswo vor. Denn wenn es sich z. B. um Expropriation einer Parkanlage handelt, die einem Gute angehört, das sich Jahrhunderte lang in derselben Familie befand, wo jeder Platz seine besondere Bedeutung hat, so ist der Werth eines solchen Parkes dem Besitzer ebenfalls gar nicht mit Geld zu bezahlen.

Man pflegt hier von einem Affectionswerthe zu sprechen, das ist ein unpassender Ausdruck. Denn Affectionswerth ist Vorliebewerth. Damit verbindet man die Vorstellung, als ob die Liebe zu der Sache

eine unberechtigte wäre. Spricht doch Windscheid[11]) in dieser Beziehung gar von „besonderen subjectiven Stimmungen des Gläubigers". Als ob es sich hier um eine ungebührliche Werthschätzung oder gar bloße Laune des Gläubigers handelte! Es handelt sich hier vielmehr um einen Werth, der durchaus seine sittliche Berechtigung hat, den auch das Recht keineswegs gänzlich unbeachtet läßt[12]), und der nur deshalb hier nicht in Betracht kommt, weil der Messer aller Werthe, das Geld, hierfür nicht ausreicht. Statt Affectionswerth sollte man lieber sagen unschätzbarer Werth.

8. Der Interesse=Anspruch darf ein gewisses Durchschnittsmaß nicht überschreiten[13]).

Es träumt jemand die Zahl 3749 und hält dies für eine Vorbedeutung: daß auf diese Nummer das große Loos fallen werde. In Folge dessen beschließt er in der Lotterie dies Nummer zu spielen, das Nummer ist auch noch zu haben, wie er sich dies beim Collecteur erkundigt hat. Der Collecteur will sich jedoch auf ein Creditiren nicht einlassen. Der Spielenwollende hat einen Schuldner, welcher ihm soviel schuldet, als ein Loos kostet. Er mahnt diesen, derselbe läßt indes die Mahnung unbeachtet. Der Spielenwollende gibt sich die möglichste Mühe, um sich das Geld anderweitig zu verschaffen, allein vergebens. Später fällt wirklich auf Nr. 3749 der höchste Gewinn von neunzigtausend Thaler. Diese neunzigtausend Thaler braucht der gemahnte Schuldner nicht zu erstatten, denn das ist ein Betrag, auf den sich die Worte von Paulus[14]) anwenden lassen: ut non sit cogitatum — — de tanta summa.

Und selbst wenn der Gläubiger dem Schuldner sein Vorhaben offen dargelegt, wenn er erklärt hätte, was ihm geträumt, und daß er mit dem Gelde sich das Loos 3749 kaufen wolle; wenn er ihn ferner unterrichtet hätte von all' seinen vergeblichen Bemühungen sich anderweitig Geld anzuschaffen, und ihn sogar ausdrücklich für allen Schaden verantwortlich gemacht hätte — selbst unter diesen Voraussetzungen handelt es sich hier um eine Möglichkeit, die billig außer Anschlag bleiben muß.

[11]) Pandekten, Bd. II, § 258, Anm. 6.

[12]) Vgl. fr. 35, Min. 4, 4; fr. 54, Mand. 17, 1; fr. 6 pr.; fr. 7 de serv. exp. 18, 7; fr. 3, § 4, Us. 22, 1; fr. 36 de bon. lib. 38, 2. Vgl. auch unten Nr. 9.

[13]) Ihering, Schuldmoment, S. 55.

[14]) fr. 43, i. f. A. E. V. 19, 1.

9. Die Handlung, durch welche der Gewinn vermittelt wäre, darf sich nicht als eine unsittliche darstellen [15]).

Aus diesem Grunde schließt Papinian in fr. 3, § 4, Us. 22, 1 [16]) den Anspruch auf Werthzinsen aus. Die Unsittlichkeit bestand nämlich darin: daß der Gläubiger eine Sache, die für ihn nach den Gesetzen der Sittlichkeit einen unschätzbaren Werth hätte haben müssen, hatte verkaufen wollen. Und ebenso wie hier ein Anspruch auf Werthzinsen ausgeschlossen, wird man auch einen Interesse-Anspruch nicht zulassen wollen.

So könnte z. B. auch ein Gläubiger dem gemahnten Schuldner nicht vorhalten: er würde in dem geschuldeten Hause eine Bordellwirthschaft eingerichtet und damit so und so viel verdient haben. Denn da das Betreiben einer solchen Wirthschaft eine Unsittlichkeit ist, so würde es sich hier um einen Gewinn handeln, der durch eine Unsittlichkeit vermittelt wäre.

Diese Entscheidung steht nicht etwa in Widerspruch mit dem von Labeo und Marcellus aufgestellten Grundsatze [17]): illâm enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. Denn es handelt sich in unserm Falle ja nicht um Entziehung eines bereits gemachten Erwerbs, sondern nur um Nichtberücksichtigung eines durch Unsittlichkeit möglichen Erwerbs. Für das fait accompli gelten auch hier wieder andere Grundsätze, wie für das zukünftige Ereignis [18]).

10. Gewinn von Gewinn, commodum commodi, ist ausgeschlossen [19]). Jedoch muß dieses commodum commodi, als solches, sofort erkennbar sein [20]).

Windscheid [21]) ist in dieser Beziehung wegen fr. 8 Us. 22, 1 bedenklich. Allein in dieser Stelle handelt es sich gar nicht um einen Interesseanspruch, sondern um eine Bereicherung von Bereicherung, die der gemahnte Schuldner herauszugeben hat [22]).

---

[15]) Windscheid a. a. O., S. 29, spricht hier von einer Unehrenhaftigkeit.

[16]) Vgl. zu dieser Stelle Bd. I, § 15, und oben § 79, S. 224, 225.

[17]) fr. 4 § 3 de cond. ob turp. caus. 12, 5.

[18]) Vgl. in dieser Beziehung Bd. I, S. 205, 216.

[19]) fr. 2 § 5 de adm. rer. 50, 8.

[20]) Vgl. oben § 81, S. 253, 254.

[21]) a. a. O. S. 29, Anm. 3.

[22]) Vgl. oben § 82, S. 261, 262.

Andererseits freilich dürfte das angeführte fr. 2 § 5 für den fraglichen Rechtssatz auch nicht gerade unumstößlichen Beweis liefern. Zwar handelt es sich hier um einen Gemeindebeamten, der Geld abzuliefern hatte, das ihm zur Anschaffung von Getreide eingehändigt war [23]), um ein debitum frumentariae pecuniae; und es wird in dieser Beziehung gesagt: es dürfe keine unmäßige und unerlaubte Schadensberechnung aufgemacht werden, id est ne commodorum commoda et usurarum usurae incrementum faciant. Es konnte z. B. nicht so gerechnet werden: hättest du für dies Geld Getreide angeschafft, so wäre es für so und so viel verkauft worden [24]), für dies so gewonnene Geld wäre wieder Getreide gekauft und verkauft u. s. w.; und ebenso wenig durften Zinseszinsen begehrt werden. Dies alles würde aber immer nur unter der Voraussetzung für unsern Zweck vollen Beweis liefern, wenn wir es hier wirklich mit einer Obligation zu thun hätten, mit der die Römer überall einen Interesseanspruch verknüpften. Das ist indessen nicht der Fall. Es handelt sich hier vielmehr um eine Geldobligation, mit der die Römer im allgemeinen, selbst wenn sie gutgläubiger Natur waren, nur einen Zinsenanspruch, aber keinen Interesseanspruch verknüpften [25]). So wird uns denn auch für die vorliegende Geldobligation nur der Zinsenanspruch bezeugt, nämlich von Paulus in fr. 17 § 7 Us. 22, 1, wo es heißt:

> Eos qui ex administratione rerum civitatium conveniuntur, usuris obnoxios esse satis notum est.

Und im Grunde sagt Ulpian in unserer Stelle auch nur: daß ein weiter gehendes Interesse, als Zinsen, ausgeschlossen sei. Hierauf weist schon gleich der Eingang unserer Stelle hin: Si indemnitas debiti frumentariae pecuniae cum suis usuris fit.

Gleichwohl hat man sich bisher für den fraglichen Rechtssatz auf diese Stelle berufen [26]). Und wenn sie ihn auch nicht beweisen sollte,

---

[23]) Vgl. fr. 2 § 4 de adm. 50, 8.

[24]) Vgl. fr. 2 § 3 eodem, vba: debitores, quos ex eadem causa habet.

[25]) Vgl. Bd. I, S. 139 fgg. und sonst.

[26]) Vgl. z. B. Cujacius in lib. II Resp. Papiniani ad l. 51 H. P. § 1, fructuum, Opp. omn. IV, Sp. 820 D; denselben in lib. XVI Resp. Pauli ad l. 15 de us., Opp. omnia VI, Sp. 591 D; Magnus in Meerman's Thesaurus, Bd. III, S. 306; Mommsen, Interesse, S. 189.

wird man doch an demselben seines innern Werthes wegen festzuhalten haben.

Also ein Gläubiger kann nicht so rechnen wollen: wenn du mir das Gut rechtzeitig überliefert hättest, hätte ich die und die Früchte gezogen; dafür hätte ich so und so viel Geld eingenommen; dies Geld hätte ich wieder zu dem und dem Zinsfuß belegt, macht so und so viel.

Dagegen ist folgende Rechnung gestattet: wenn ich das Geld, das du mir an dem und dem fremden Orte schuldetest, rechtzeitig gehabt hätte, würde ich für dieses Geld Waaren eingekauft, diese wieder an meinem Wohnorte verkauft und darauf so und so viel verdient haben [27]. Denn hier haben wir uns zwar zwei Rechtsgeschäfte als möglich zu denken: den Einkauf der Waaren und den Verkauf derselben. Durch beide Rechtsgeschäfte wird aber nur e i n Gewinn vermittelt.

Wohin sollte es auch führen, wenn man den Gewinn vom Gewinn gleichfalls in Anschlag bringen wollte? Dann müßte man auch wiederum den Gewinn vom Gewinn des Gewinnes u. s. w. zulassen wollen. In dem oben angegebenen Beispiele brauchte also der Gläubiger bei seiner Rechnung noch gar nicht bei dem Gelde, das er zu dem und dem Zinsfuße belegt hätte, aufzuhören, sondern könnte fortfahren: diese Zinsen hätte ich dann wieder zu dem und dem Zinsfuße belegt, macht so und so viel. Und damit wäre denn glücklich die Milchtopfsrechnung in's Rechtsleben eingeführt.

11. Der Gläubiger hat nur ein R e c h t auf den Vermögensunterschied, er braucht sich denselben vom Schuldner nicht aufdringen zu lassen [28].

Denn es könnte ja sein, daß das Vermögen des Gläubigers bei beachteter Mahnung kleiner gewesen wäre, als es jetzt bei nichtbeachteter ist. Man setze folgenden Fall. A hat dem B ein Landgut auf eine Reihe von Jahren für jährlich 7000 verpachtet. Eine von B Johannis 1871 vorgenommene Mahnung läßt A unbeachtet und leistet erst Johannis 1872. Nun ist das Jahr von Johannis 1871 bis 1872 ein sehr schlechtes gewesen, das Gut hat nur einen Ertrag von 4000 geliefert. Jetzt kann B nicht zum A so sprechen wollen: unser Vertrag fing schon Johannis 1871 an; hätte ich damals geleistet, so

---

[27]) fr. 2 § 8 de eo quod certo loco 13, 4.

[28]) Vgl. oben § 70, S. 97; § 74, S. 134; § 87, S. 352, 353.

würdest du für 4000 geerntet haben, diese 4000 habe ich jetzt eingezogen; die jährliche Pachtsumme beträgt aber 7000, also bitte ich mir noch 3000 aus. So kann der Verpächter zum Pächter nicht sprechen: denn er ist es ja, der dem Pächter ein Civilunrecht zugefügt hat, und dieses Civilunrecht kann für ihn unmöglich einen Anspruch auf Ausgleichung des Vermögensunterschiedes hervorbringen. Das Civilunrecht verschafft dem Gläubiger nur die Berechtigung, auf Ausgleichung des Vermögensunterschiedes zu bestehen, es legt ihm aber keine desfallsige Verpflichtung auf. In unserm Falle kann also der Pächter zum Verpächter so sprechen: du hast für das Jahr von Johannis 1871 auf 1872 nicht erfüllt, deshalb erfülle ich nun auch nicht. So kommen wir denn auch hier wieder zu dem Satze, den wir bereits früher beobachteten [29]): daß bei gegenseitigen Verträgen ein Gläubiger, soferne er berechtigt, einen Interesseanspruch wegen Nichterfüllung zu erheben, mindestens für befugt gehalten werden muß, die Gegenleistung zu behalten, eventuell zurückzufordern.

Und was von einem Pachtvertrage, gilt in entsprechender Weise auch von einem Kaufvertrage. Man setze z. B.: A habe dem B sein Landgut für 150,000 verkauft, tradirt aber Mahnung ungeachtet erst Johannis 1872 statt Johannis 1871, und hat in diesem Jahre eine Ernte von 4000 gemacht, während B seine 150,000 in diesem Jahre zu 7000 ausnutzte. Hier kann A auch nicht sagen: eigentlich hätte ich schon Johannis 1871 tradiren müssen, dann hätte ich die 7000 auf die 150,000 und du die Ernte von 4000 gehabt; gib mir also die 3000.

Die Sache, um die es sich hier handelt, ist bereits von Mommsen wahrgenommen; derselbe hat nur den richtigen Grund nicht gefunden, und daher auch seine Rechtsregel nicht scharf genug ausgeprägt. Mommsen [30]) sagt:

„Doch kann man im Zweifel annehmen, daß der Werth, welchen die Leistung für den Gläubiger hat, dem Betrage der Gegenleistung wenigstens gleichkommt, indem nicht leicht Jemand zu einer über den gedachten Werth hinausgehenden Gegenleistung sich verpflichtet; eben deshalb wird denn auch der Schuldner im Allgemeinen es sich gefallen lassen müssen, wenn der Gläubiger im Fall einer Nicht=

[29]) Vgl. oben § 87, S. 353.

[30]) Interesse, S. 26.

erfüllung der Obligation statt der Leistung des Interesse die Stipulation der Gegenleistung in Anspruch nimmt."

Allein daß jemand zu theuer kauft oder pachtet, kommt ja alle Tage vor. Die Ausdrücke „im Zweifel" und „im Allgemeinen" würden ferner noch Raum für einen Gegenbeweis darbieten. Von einem solchen Gegenbeweise kann hier aber gar keine Rede sein. Der Schuldner, welcher die Mahnung nicht beachtete, ist es, welcher sich im Civilunrecht befindet. Und dieses Civilunrecht des Schuldners gewährt wohl dem Gläubiger neue Befugnisse, nicht aber dem Schuldner. Der im Civilunrecht befindliche Schuldner behält höchstens seine alten Befugnisse. Diese alten Befugnisse bestanden aber darin, daß er auf Grund des Vertrages für seine Leistung eine Gegenleistung zu fordern hatte. Wenn und soweit er nun nicht mehr leisten kann, kann er auch keine Gegenleistung beanspruchen: dies ist alles, was sich für ihn ergibt.

Mommsen scheint sich auch bereits selber berichtigt zu haben. Denn in Anm. 22 a. a. O. sagt er schon ganz bestimmt:

„Darauf, daß die Leistung von Anfang an einen geringeren Werth, als die Gegenleistung, gehabt hat, wird der Schuldner sich nicht berufen können [31]."

12. Nach fr. 5 § 4 de in lit. jur. 12, 3 [32]) muß sich der gemahnte Schuldner gefallen lassen, daß der Gläubiger den Werth der Sache durch den Würderungseid feststelle, falls diese untergegangen, und dem Richter Anhaltspunkte zur Schätzung fehlen. Diese Bestimmung wird man auch heutzutage noch anzuwenden haben, sofern der gemahnte Schuldner für zufälligen Untergang verantwortlich ist, und der Werth der untergegangenen Sache nicht anderweitig festzustellen ist. Dies ist um so unbedenklicher, als den Schuldner das Ermäßigungsrecht des Richters gegen Ungebür schützt [33]).

Wetzell [34]) macht hier freilich folgende Einschränkung:

„Im Sinn der heutigen Praxis jedoch wird auch in diesem Fall einiger Beweis zu unterstellen, und in Betreff der nur un-

---

[31]) Vgl. ferner Mommsen, Mora, S. 258, Anm. 4.

[32]) Vgl. zu dieser Stelle Bd. I, § 40, S. 409—411. Wetzell, Civilproceß, § 25, Anm. 88, zweite Aufl., S. 246, dritte Aufl., S. 273.

[33]) fr. 4 § 2, § 3; fr. 5 § 1 § 2 de in lit. jur. 12, 3; fr. 18 pr. de dolo 4, 3.

[34]) Civilproceß, § 26, zweite Aufl., S. 253, dritte Aufl., S. 280.

vollkommen bewiesenen Differenz je nach den Umständen bald der Erfüllungseid, bald der Reinigungseid aufzuerlegen sein."

Das könnte indes zu Verhandlungen sehr verwickelter Natur führen und hieße nichts anders als: den Gläubiger wieder um die ihm zugedachte Wohlthat bringen, mindestens sie ihm sehr erschweren.

v. Schröter [35]) bemerkt in Bezug auf die fragliche Stelle: „daß sich das jus jurandum in litem hier auf die aestimatio rei, d. h. der untergegangenen Sache, beschränkte, so daß die Schätzung des Interesses, wo dieses in Betracht kam, jedenfalls dem judex verblieb. Marcianus spricht entschieden nur von jener," und meint: daß man hierbei durchaus stehen bleiben müsse.

Allein Marcian konnte auch nicht gut von etwas anderm sprechen, da die Mahnung bei der Stipulation auf res certa nie eine andere Wirkung gehabt hat, als daß sie den gemahnten Schuldner, selbst bei von ihm verschuldetem Untergang der Sache [36]), für den Sachwerth verantwortlich machte. Insonderheit hat man mit der Mahnung hier nie einen Interesseanspruch verknüpft [37]).

Heutzutage haftet der gemahnte Schuldner unter der Voraussetzung für Zufall, wenn bei Beachtung der Mahnung den Gläubiger der zufällige Untergang der Sache nicht betroffen hätte. Die Haftung für Zufall fügt sich also heutzutage dem Interesseanspruch ein [38]).

Wenn aber bei Untergang der Sache der Gläubiger berechtigt ist, sein Interesse dem gemahnten Schuldner gegenüber durch den Würderungseid festzustellen, so muß ihm diese Befugnis für seinen Interesseanspruch auch überall da zustehen, wo er sich in ähnlicher Lage befindet. Dies ist der Fall, wo klar vorliegt, daß der Gläubiger durch Nichtbeachtung der Mahnung einen Vermögensnachtheil erlitten hat, die gewöhnlichen Beweismittel und etwaige Interesse-Surrogate aber nicht ausreichen, um ihm zu diesem Nachtheil zu verhelfen.

Man setze folgenden Fall. Ein Baumeister hat einen Gasthof zur Saison fertig abzuliefern, er verspätet sich aber um drei Monate, so daß die Saison schon vorüber ist, als er seinen Bau beendet hat. Hier ist doch ganz klar: daß der Gläubiger großen Nachtheil hat. Wie soll er den aber beweisen? Ihn auf die gewöhnlichen Beweis-

---

[35]) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. 7, S. 384.

[36]) fr. 91 § 3 V. O. 45, 1.

[37]) Vgl. oben § 63, S. 10 fgg.

[38]) Siehe oben § 65, S. 45.

mittel beschränken, hieße ihn um seinen Anspruch bringen. Hier muß man demnach zum Würderungseid greifen.

Gewöhnlich freilich pflegt man diesen Anwendungsfall des Würderungseides entweder gänzlich zu übersehen, oder doch nicht hinlänglich genug hervorzuheben, oder wie v. Schröter und Wetzell zu sehr einzuschränken. Allein der Würderungseid ist in Fällen der angegebenen Art geradezu nothwendig, wenn man nicht den Gläubiger um seinen Interesseanspruch bringen will.

Hoffentlich wird man nicht einwenden wollen: daß fr. 5 § 4 de in lit. jur. 12, 3 sich auf ein judicium stricti juris beziehe, und deshalb von dieser Bestimmung heutzutage keine Rede mehr sein könne. Denn das judicium stricti juris war ein Gebiet, auf dem die Römer den Würderungseid für gewöhnlich nicht kannten [39]), wenn sie ihn nun hier in dem angegebenen Falle gleichwohl zuließen, so spricht das um so mehr für seine Unentbehrlichkeit.

Man hat dem gemeinen Proceßrechte wohl die Starrheit seiner Beweisregeln zum Vorwurf gemacht. Dieser Vorwurf erledigt sich zum Theil, wenn man nur dem Würderungseide, namentlich auch bei Interesseansprüchen, die ihm gebührende Berücksichtigung nicht versagt.

13. In Anlehnung an die herrschende Ansicht und auf Grund von c. un. C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur 7, 47 wird von Windscheid [40]) behauptet:

„daß als Interesse nie mehr in Anspruch genommen werden kann, als das Doppelte des Werthes des Obligationsgegenstandes selbst, vorausgesetzt, daß dieser Werth ein sicherer ist."

Allein diesen Satz hat in dieser Weise weder das Justinian'sche Recht, noch viel weniger kann von einem derartigen Rechtssatze im heutigen Recht die Rede sein. Um diesen Nachweis zu führen, wird es indes zuvor weitläufiger Voruntersuchungen bedürfen. Ehe ich jedoch dazu schreite, scheint es mir angemessen, den Interesseanspruch des Gläubigers für das heutige Recht im übrigen zum Abschluß zu bringen. In dieser Beziehung ist nun noch die Frage zu erörtern: inwiefern ein Gläubiger im heutigen Recht Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen kann. Davon im folgenden Paragraphen.

---

[39]) fr. 6 de in lit. jur. 12, 3.

[40]) a. a. O. Bd. II, § 258, S. 31.

§ 91.

Interesse. — Heutiges Recht. — In wie fern kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern?

Wir sahen bereits oben, § 87, S. 353: daß dem Gläubiger jedenfalls insofern einseitige Aufhebungsbefugnis zustehen müsse, als er berechtigt sei, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Hier ist nun der Ort, näher auszuführen: wann dem Gläubiger diese Berechtigung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, zukommt.

Bereits oben, § 87, S. 353 fgg., wurde ebenfalls darauf hingewiesen: daß das Römische Recht, namentlich zur Zeit der klassischen Juristen, dieser Frage gegenüber sich auf einem wesentlich andern Standpunkte befunden habe, als das heutige Recht. Denn heutzutage wird bei Nichtgeldleistungen regelmäßig in die schuldige Leistung selber verurtheilt, und die Erzwingung dieser Leistung mindestens versucht. Dagegen nach Römischem Recht fand regelmäßig eine Verurtheilung in Geld statt. Und daraus ergibt sich dann weiter: daß nach heutigem Recht bei den Nichtgeldleistungen der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung die Regel bilden muß, während nach Römischem Recht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung das Regelmäßige war.

Steht aber in dieser Hinsicht das heutige Recht zum Römischen in diametralem Gegensatz — ist, was heute die Regel, im Römischen Recht die Ausnahme, und umgekehrt — so leuchtet ein, daß wir auf die Frage: wann heutzutage ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, und wann ein Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung Statt finde — unmöglich schon eine Antwort im Corpus juris finden können.

Freilich haben wir von der gedachten Regel des Römischen Rechts auch schon Ausnahmen kennen gelernt. Namentlich sind wir im § 88, S. 396 fgg., beim Fideicommiß des Römischen Rechts schon einem Anspruche auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung begegnet, der dort nur einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung weichen mußte, wo die Leistung selber nicht mehr möglich war. Mindestens stand die hierfür in Betracht kommende Stelle, fr. 26, Leg. III, mit dieser Auffassung nicht in Widerspruch.

Nun möchte man vielleicht meinen: daß das Römische Recht dann

wenigstens beim Fideicommiß darüber Regeln hätte aufstellen können, wann dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zustehen müsse, die im heutigen Recht für sämmtliche Obligationen ausreichend wären. Allein das Vermächtnis war hierzu nicht der geeignete Boden, wie in diesem Paragraphen unter 5 noch näher ausgeführt werden soll.

Man möchte vielleicht ferner meinen: soweit es sich um Sachleistungen handelte, sei doch schon nach Justinian'schem Rechte allgemein eine Verurtheilung in die Sache selber, und so auch Execution in Bezug auf die Sache zulässig gewesen; also hätten bereits die Justinianschen Compilatoren darüber nachdenken müssen: in wie fern der Gläubiger, der vergeblich gemahnt hatte, sofern die Leistung der Sache selber noch möglich war, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen verspäteter Erfüllung hatte. Jedenfalls haben aber die Justinian'schen Compilatoren dies nicht gethan, vielmehr die von den Römischen Juristen herrührenden Stellen in dieser Beziehung unverändert gelassen. Und deshalb trifft sie auch durchaus kein Vorwurf. Denn der Satz: daß nach Justinian'schem Recht bei Obligationen auf Sachleistungen Urtheil und Execution allgemein auf die Sache selber gerichtet waren — ist keineswegs richtig. Und hier komme ich dazu: eine bereits oben, § 88, S. 399, angedeutete Untersuchung aufzunehmen — die durch folgende Bemerkung Ribbentrop's[1]), der sich in dieser Hinsicht bereits sehr zweifelnd äußert, eingeleitet werden mag.

> „Quid vero dicemus de iis judiciis, in quibus jus antiquum unam tantum eamque pecuniariam condemnationem fieri voluit? An etiam jus Justinianeum hic pecuniariam tantum sententiam statuit? Equidem non crediderim — quamquam nihil affirmare ausim."

Für den fraglichen Satz hat man sich vorzugsweise auf drei Stellen berufen, die hier zunächst erörtert werden sollen.

Bethmann-Hollweg[2]) und Buchka[3]) legen namentlich auf c. 17, de fid. com. lib. 7, 4, von Justinian Gewicht. Die Stelle lautet:

---

[1]) Commentat. ad l. 16, § 5, de pign., S. 34.
[2]) Handbuch des Civilprocesses, S. 337.
[3]) Einfluß des Processes, Bd. II, S. 49—51.

Quum quidam servum suum ita legavit, ut legatarius libertatem ei imponat, et heres ad hujusmodi legatum improbe versatus, servum dare legatario dedignatus est, ut etiam lite pulsetur, et judex non in ipsum servum, sed in aestimationem litis condemnationem proferat; veteris juris interpretes dubitabant, ne quod obstaculum libertati ex hac causa procedat, et si placuerit eandem deberi libertatem, a quo danda est, utrumne ab herede an a legatario, et si heres imponat libertatem, an legatarius, quod ex pecuniaria condemnatione accepit, firmiter detinet, sive totum, sive ex parte, sive etiam nihil. Talem itaque altercationem resecantes, miramur, quare judex, qui praepositus est in praedicta causa, non omnimodo condemnationem in servum, sed aestimationem ejus fecerit, quum ipsius vitium etiam hujusmodi praebuit altercationi occasionem. Unde si talis quaestio emerserit, nullum quidem judicem ita esse stultum putamus, ut hujusmodi proferat condemnationem, sed si legatarius immineat, quatenus ei servus restituatur, et post litem contestatam duorum mensium spatium effluxerit, censemus illico ad libertatem eripi servum, et illum quidem liberum esse, heredem autem pro sua indevotione omnes expensas, quas legatarius in lite fecit, in quadruplum ei condemnari, jure patronatus integro legatario servando.

Aus dieser Stelle, meint man, ergebe sich: daß die Compilatoren von der Geldcondemnation im alten Recht gar keinen Begriff mehr gehabt, und deshalb den Zweifel der ältern Juristen, der in dem angegebenen Fall nur in dieser seine Begründung gefunden, gar nicht verstanden hätten. Allein es ist doch eine ganz wunderbare Voraussetzung, anzunehmen: daß es den Compilatoren an einem Verständnis für die alte Geldcondemnation bei den Obligationen auf Nichtgeldleistungen sollte gefehlt haben, um so mehr, als das Justinian'sche Recht bei Klagen auf ein facere die Geldcondemnation unzweifelhaft beibehalten hat[4]). Jedenfalls ist der in der angeführten Constitution besprochene Fall so eigenthümlich geartet, daß

[4]) fr. 13, § 1, de re judicata 42, 1; § 7, J. de V. O. 3, 15.

er keinen Schluß auf eine allgemeine Regel zuläßt. Hier ist nämlich ein Sclave vermacht worden, und dem Legatar das Fideicommiß auferlegt, den Sclaven freizulassen. Der Erbe läßt es zum Rechtsstreit kommen, und wird nun nicht in den Sclaven, sondern in Geld verurtheilt. Den Richter, der dies Urtheil gesprochen hat, nennt Justinian einen stultus, und das hat man ihm so sehr übel genommen: denn Justinian hätte doch wissen müssen, daß nach dem früheren Recht im ordentlichen Verfahren die Geldcondemnation die Regel bildete. Allein war dies auch da der Fall, wo es sich um Freiheit handelte? Die Sache ist mir mindestens bedenklich. Denn das ist schon ein Satz der zwölf Tafeln: daß die Freiheit durch Testament verliehen werden konnte[5]). Und zwar kann, wo es hierüber zum Proceß kam, das Urtheil unmöglich auf Geld gelautet haben. Dies ergibt sich schon daraus, daß das Testament unter den Entstehungsgründen der Freiheit mit aufgeführt wurde[6]). Ferner wäre hier an Plautus Rudens V, 1, 1—3:

> Quis mest mortalis miserior, qui vivat alter hodie,
> quem aput recuperatores modo damnavit Plesidippus?
> abjudicata a me modost Palaestra. Perditus sum!

zu erinnern[7]): wo es sich um einen Freiheitsproceß handelt, der auch in späterer Zeit noch vor die Recuperatoren gehörte[8]); und wo der sonst so zähe Kuppler an eine Möglichkeit, die abjudicata trotz dem Spruch zu behalten, gar nicht denkt. Ebenso mußte ein Freiheitsfideicommiß in natura geleistet werden[9]). Und bei Veräußerungen von Sclaven mit der Auflage der Freilassung sollte nach Ablauf der bedungenen Dienstjahre in Gemäßheit einer Constitution der Kaiser Marcus und Commodus sofortige Freiheit eintreten[10]). Aehnlich verhielt es sich mit der Nebenberedung: ne prostitueretur, aut, si prostituta

---

[5]) Ulp. I, § 9, II, § 4; fr. 120, V. S. 50, 16.

[6]) Ulp. I, § 23.

[7]) Vgl. zu dieser Stelle Bekker, Die Actionen, Bd. I, S. 78, 296—298, 313.

[8]) Suet. Vesp. c. 3; Dom. c. 8; und fr. 36, 38, 39 de re jud. 42, 1, in welchen letzteren drei Stellen der Ausdruck recuperatores in judices umgewandelt worden.

[9]) Vgl. z. B. fr. 24, § 21, de fid. com. lib. 40, 5, vba: cogi eum manumittere; et ita est saepissime constitutum; fr. 26, § 7, eodem; c. 11 C. eodem 7, 4; Ihering, Jahrbücher, Bd. 10, S. 520.

[10]) c. 2, 3, C. Si manc. ita fuerit alienatum 4, 57.

fuerit, libera esset [11]). Urtheil und Zwang gingen also in diesen Fällen auf Verschaffung der Freiheit. Der in Frage stehende Fall liegt nun allerdings in so fern eigenthümlich, als weder die directe testamentarische Freiheit hinterlassen, noch dem Erben das Freiheitsfideicommiß auferlegt worden; vielmehr erst der Legatar die Freilassung vorzunehmen hat. Sollten aber gleichwohl die Römischen Juristen nicht auch in einem Falle, wie dem in Frage stehenden, der Ansicht gewesen sein: daß der Erbe zur Herausgabe des Sclaven anzuhalten und nicht in Geld zu verurtheilen sei? Wenigstens haben sie in dem ganz analogen Falle, wo der mit dem Freiheitsfideicommisse belastete Vermächtnisnehmer den vermachten Sclaven nicht annehmen wollte, nicht das mindeste Bedenken getragen, den zur Erlangung der Freiheit nöthigen Zwang eintreten zu lassen.

Vgl. fr. 33, § 2, de fid. com. lib. 40, 5. (Paulus.)

> Si is cui servus legatus est rogatus fuerat, ut eum manumitteret, et nolit eum accipere, compellendus est (aut [12]) actiones suas ei praestare cui servus velit, ne intercidat libertas [13]).

Wie denn in Folge des S. C. Juncianum sogar einem nichterbschaftlichen Sclaven zur Freiheit verholfen wurde [14])! Und legt die Fassung der Streitfrage „quum — — judex non in ipsum servum, sed in aestimationem litis condemnationem proferat“ nicht den Gedanken nahe: daß hier auch schon zur Zeit der Römischen Juristen eine Verurtheilung in den Sclaven selber möglich gewesen sei? Immerhin bezog sich die Streitfrage, von der Justinian berichtet, nur auf den Fall: wenn der Richter wirklich in Geld verurtheilt hatte. Justinian sagt uns gar nicht: es sei die Ansicht der Römischen Juristen gewesen, daß im angegebenen Falle die Verurtheilung nothwendig in Geld hätte erfolgen müssen. Und daraus, daß Justinian hier einen Richter, der nicht in den Sclaven selber verurtheilt, wo ein Freiheitsfideicommiß im Hintergrunde lauerte, das doch in natura erfüllt

---

[11]) c. 2, C. Si manc. ita venierit 4, 56.

[12]) aut ist wohl zu streichen. So wenigstens die Kriegel'sche Ausgabe. Und damit stimmt überein ein Scholion zu Bas. XLVIII, 4, 33. Th Mommsen schlägt vor, zwischen est und aut einzuschalten aut manumittere.

[13]) Vgl. auch fr. 43, A. E. V. 19, 1.

[14]) fr. 28, § 4; fr. 47, § 1; fr. 51, § 8, de fid. lib. 40, 5.

werden mußte, einen Einfaltspinsel nennt, schließen zu wollen: Justinian hätte von der Bedeutung der Geldcondemnation im alten Recht keinen Begriff mehr gehabt — ist meines Erachtens so ungereimt wie nur möglich. Vielmehr liegt den obigen Ausführungen zufolge nicht der mindeste Grund vor, die Richtigkeit der Justinian'schen Auffassung: daß der judex seine Sache wirklich verkehrt gemacht habe (ipsius vitium) — in Zweifel zu ziehen. Wie denn auch die Bedenken der veteris juris interpretes, welche Justinian uns mittheilt, deutlich genug errathen lassen: daß diese dem Sclaven ebenfalls zur Freiheit verhelfen wollten — was einem hartnäckigen Erben gegenüber doch nie ohne Zwang möglich war. Einen allgemeinen Satz des Justinian'schen Rechtes: daß bei Obligationen auf Sachleistungen Urtheil wie Zwang nothwendig auf die Sache selber hätten gehen müssen — wird man aber aus der fraglichen Constitution Justinian's um so weniger herleiten können, als wir uns hier auf dem Boden des Vermächtnisses befinden, wo theilweise schon zur Zeit der classischen Juristen, nämlich beim Fideicommisse, eine Verurtheilung in die Sache selber erfolgt sein wird, und wo das dieses Gebiet beherrschende Ausgleichungsstreben auch in dieser Beziehung zu einer Ausgleichung hätte führen können, ohne daß damit für die Obligation auf Sachleistung im allgemeinen etwas gewonnen wäre.

Das Aeußerste, was man der herrschenden Ansicht einräumen kann, ist dies. Die Auffassung, der wir freilich schon bei Ulpian in fr. 26, pr. de fid. com. lib. 40, 5, begegnen: nec intercidere solet destinata fideicommissa libertas — war bereits zu Zeiten Justinian's so sehr in Fleisch und Blut der Praktiker übergegangen: daß sie gar kein Verständnis mehr dafür hatten, wie sich hier ein Richter durch eine Geldcondemnation selber Schwierigkeiten schaffen konnte. Daraus aber, daß auf diesem engbegrenzten Gebiet — wo es sich um einen Sclaven handelte, dem die Freiheit zugedacht war — zu Zeiten Justinian's keine Geldcondemnation mehr vorkam, auf die Sachleistung im allgemeinen schließen zu wollen, ist um so bedenklicher: als es mit einem der Freiheit zustrebenden Sclaven doch auch eine etwas andere Bewandtnis hat, als mit einer leblosen beweglichen Sache. Denn im erstern Falle wird nur selten Zwang nöthig gewesen sein. Meistens wird ein Ausspruch über die Freiheit genügt haben, indem der so für frei Erklärte sich den Besitz der Freiheit wohl selber verschafft haben wird.

Eine andere hier in Betracht kommende Stelle ist c. 14, C. de sent. et interl. 7, 45, ebenfalls von Justinian.

> Quum Papinianus, summi ingenii vir, in Quaestionibus suis rite disposuit, non solum judicem de absolutione rei judicare, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, hujusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat judici vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur. Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.

Auf diese Stelle berufen sich besonders Wächter[15]), Sintenis[16]) und neuerdings auch Cohnfeldt[17]). Die entscheidenden Worte sollen sein „et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare", indem daraus gefolgert wird: daß sowohl bei den Obligationen auf ein dare als ein facere das Urtheil nach Justinian'schem Recht allgemein auf die Leistung in Natur gerichtet wurde.

Dies ist indes angesichts der Obligationen auf ein facere entschieden unrichtig, wie die oben angeführten fr. 13, § 1, de re judicata 42, 1 und § 7, J. de V. O. 3, 15, ergeben. Es kann also nur darauf ankommen, zu untersuchen: in welchem beschränkten Sinne Justinian das facturum pronuntiare verstanden haben mag. Und so wie die Worte facturum pronuntiare können dann auch die Worte daturum pronuntiare, sofern sie die Sachleistungen im Gegensatz zu den Geldleistungen überall mitumfassen oder allein umfassen sollten, worauf freilich das daneben stehende aliquid zu deuten scheint, nur in beschränktem Sinne gemeint sein.

Nun bedeutet pronuntiatio im allgemeinen ein Enderkenntnis[18]), regelmäßig hat sie indes eine engere Bedeutung „kraft deren sie einen Gegensatz zu der condemnatio bildet"[19]).

---

[15]) Erörterungen, H. 2, S. 20.

[16]) Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. XI, S. 71

[17]) Interesse, S. 222, 223.

[18]) fr. 1, de re judicata 42, 1.

[19]) fr 59, § 2, de re jud. 42, 1. Zachariä, Von der Pronuntiatio, in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. 14, S. 98.

Wir haben demnach die Wahl: ob wir in unserer Stelle pronuntiare in der angegebenen allgemeinen, oder der engern Bedeutung nehmen wollen. Da aber Justinian erst kurz vorher für Enderkenntnis im allgemeinen sich des allgemeinen Ausdruckes sententia bedient hat, liegt es allerdings näher, pronuntiare im engern Sinn von einem Erkenntnis auf eine Nichtgeldleistung zu verstehen.

Demnach wäre nun zu untersuchen: in welchen Fällen ausnahmsweise nach Justinian'schem Recht eine Verurtheilung zu einer Nichtgeldleistung möglich war — da wir aus dieser Stelle die einzelnen Fälle nicht zu entnehmen vermögen. In der That hat uns auch Justinian hierüber durchaus nicht im unklaren gelassen: es waren dies die arbiträren Klagen, wie aus fr. 68, R. V. 6, 1, hervorgeht, auf welches Fragment ich noch zurückkommen werde.

Und beim Ausdruck pronuntiare an eine Verurtheilung zu einer Nichtgeldleistung, welche mit einer arbiträren Klage gefordert war, zu denken: liegt vom Standpunkt des Justinian'schen Rechts aus um so näher, als sich hier im Verfahren folgende Umwandlung vollzogen hatte.

Zu den actiones arbitrariae gehörten vorzugsweise dingliche Klagen [20]). Für diese galt früher ebenfalls die bei Gaj. IV, 48 enthaltene Regel: omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Pronunciatio nannte man damals den der Condemnatio voraufgehenden Ausspruch über das streitige Recht seiner Existenz nach. Die Gliederung des Verfahrens, z. B. bei der formula petitoria, vielleicht dem Musterfalle, war die: „daß erst (Judicium) Erörterung und Ausspruch (Pronuntiatio) über das streitige Recht seiner Existenz nach geschehen, dann aber (Arbitrium) auf Grundlage dieser Pronuntiatio zunächst das restituere mit seinem concreten Object in quali et quanto ermittelt und dem Beklagten aufgegeben, und endlich, soweit diesem Ansinnen nicht genügt wurde, die Abschätzung und Condemnation in Geld eintreten sollte" [21]).

Statt dessen wurde nun aber nach Justinian'schem Recht pronuntiatio und arbitrium in Eins zusammengezogen, und zur Geldcondemnation brauchte es gar nicht mehr nothwendig zu kommen.

---

[20]) Vgl. unten Anm. 51, S. 455.

[21]) Keller, Civilproceß, § 28, S. 111, 112.

In dieser Beziehung verdient namentlich ein Scholion des Stephanus zu Basil. XV, 1, 17 [22]), Beachtung:

ἔσθι δὲ, ὅτι σήμερον ἡ προνουντατίων συνάπτεται τῷ ὅρῳ ἤγουν τῇ αὐτοτελεῖ τοῦ δικάζοντος ψήφῳ. οὕτω γάρ φησιν ὁ δικαστής· ἐκ τῶν παρ᾽ ἐμοὶ κεκινημένων εὑρίσκω τὸν οἰκέτην διαφέροντα τῷ πετίτωρι. συνορῶ τοίνυν τόδε. καὶ οὕτω τῇ προνουντατίονι τὴν καταδίκην ἐπάγει.

Scias autem, hodie pronuntiationem conjungi cum sententia sive definitiva judicis decisione. Judex enim sic loquitur: Ex his, quae apud me acta sunt, intelligo servum petitoris esse: videtur igitur mihi, quod etc. et sic pronuntiationi condemnationem adjicit.

Daß man beim Ausdrucke *καταδίκη* nicht etwa an ein Geldurtheil, sondern an eine Verurtheilung zu einer Nichtgeldleistung zu denken hat: zeigt uns das gleich nachher in unserm Scholion vorkommende Beispiel: *ὅτε τυχὸν καταδικασθεὶς καὶ ὀφείλων ἀποδοῦναι τὸν οἰκέτην τοῦτο μὲν οὐκ ἐποίησεν.*

Pronuntiatio und Arbitrium wurden also nach Justinian'schem Recht bei den arbiträren Klagen in Eins zusammengezogen; und das in Eins Zusammengezogene war ein Endurtheil in Bezug auf eine Nichtgeldleistung. Das Endurtheil des Justinian'schen Rechts auf arbiträre Klagen sah also gerade so aus, wie ein heutiges Urtheil auf eine Nichtgeldleistung. Und weil dieses Endurtheil die alte Pronunciatio in sich aufgenommen hatte, erklärt sich um so leichter: wie Justinian in unserer Stelle dazu kommen konnte, in Bezug auf dieses Endurtheil selber, im Gegensatz zum alten Geldurtheil, von einem pronuntiare zu sprechen.

Was dann den Sinn unserer Stelle im allgemeinen anbetrifft, so herrscht namentlich darüber Streit: ob Justinian den Gerichtsstand der Widerklage überall erst neu eingeführt, oder ob derselbe bereits in der klassischen Zeit bestanden habe. Für die erstere Meinung haben sich Planck [23]), Wetzell [24]) und Fuchs [25]) ausgesprochen, für die

---

[22]) Abgedruckt bei Zachariä, Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae, 1846, S. 13, und ferner in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. 14, S. 115–117.

[23]) Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, S. 80.

[24]) Civilproceß, § 41, Anm. 69; zweite Aufl., S. 454.

[25]) Archiv für die civ. Praxis, N. F., Bd. 3, S. 154 fgg.

letztere Savigny[26]) und Dernburg[27]), während Sartorius[28]) diesen Gerichtsstand jedenfalls vor Zeno setzt.

Ich halte in dieser Beziehung die Ansicht Dernburg's für die richtige[29]); muß aber diesem Schriftsteller insofern widersprechen, als meines Erachtens die von Justinian vorgenommene Verallgemeinerung nicht darin bestand, „daß Mangel an Competenz schlechthin dem Vorbringen der Widerklage nicht entgegengestellt werden solle" [30]). Vielmehr dürfte die Neuerung Justinian's folgende gewesen sein.

Papinian wird bei seinem condemnare nur an Geldurtheile gedacht haben. Nun waren aber nach Justinian'schem Recht, nämlich bei den arbiträren Klagen, auch Urtheile auf Nichtgeldleistungen möglich. Solche Urtheile sollten ebenfalls auf dem Wege der Widerklage erlangt werden können — dies wird die Justinian'sche Neuerung gewesen sein — die Widerklage sollte sich nicht mehr auf Geldurtheile beschränken.

Dieser Justinian'sche Gedanke läßt sich auch so ausdrücken: soweit wie Urtheile auf Nichtgeldleistungen überhaupt zulässig sind, sollen dieselben auch auf dem Wege der Widerklage erreichbar sein.

Keinenfalls hat Justinian aber in diesem Gesetze allgemeine Bestimmungen darüber erlassen: wann das Urtheil auf eine Nichtgeldleistung gerichtet werden könne. Und noch viel weniger ist darin ein allgemeiner Satz des Inhalts enthalten: daß sowohl bei den Obligationen auf ein dare als ein facere das Urtheil allgemein auf die Leistung in Natur zu richten sei.

Mit Recht wollen daher auch Buchka[31]) und Wetzell[32]) von der Beweiskraft dieser Stelle in der hier fraglichen Beziehung nichts wissen.

Die dritte Stelle endlich ist § 32, J. de act. 4, 6, welche so lautet:

Curare autem debet judex, ut omnimodo, quantum

---

[26]) System, Bd. 6, S. 330, 331.

[27]) Compensation, zweite Aufl., S. 249 fgg.

[28]) Widerklage, S. 72.

[29]) Vgl. fr. 22, de judiciis 5, 1; fr. 11, § 1, de jurisd. 2, 1; fr. 1, § 15, de extr. cogn. 50, 13.

[30]) So Dernburg, a. a. O. S. 256.

[31]) a. a. O., Bd. II, S. 51.

[32]) a. a. O., § 46, Anm 23; zweite Aufl., S. 499.

possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.

Auf diese Stelle berufen sich namentlich Bethmann-Hollweg[33]), Wächter[34]) und Wetzell[35]). Alles Gewicht wird hier auf die Worte vel rei gelegt. Aus diesen Worten soll sich ergeben: daß der Richter bei allen Obligationen auf Sachleistungen in die Sache selber zu verurtheilen habe, und demgemäß auch die Hülfsvollstreckung auf die Sache selber zu richten sei. Allein es wäre doch höchst auffallend, wenn der sonst nichts weniger als wortkarge Justinian eine so wichtige Neuerung beiläufig in einer Institutionenstelle mit zwei Worten abgemacht hätte, weshalb auch Buchka[36]) auf diese vage redende Stelle kein allzu großes Gewicht zu legen scheint. Und in der That verhält es sich mit dieser Stelle genau so, wie mit der soeben besprochenen c. 14 C. de sent. Wie wir dort für die Wendung aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare den übrigen Inhalt des Justinian'schen Gesetzbuches zu Rathe ziehen mußten, so ist dasselbe hier für das Verständnis der zwei Worte vel rei der Fall. Wir müssen uns bei Erklärung dieser Stelle auf den Standpunkt des Justinian'schen Gesetzbuches stellen und die Frage aufwerfen: in welchen Fällen gestattet denn dieses Gesetzbuch eine Verurtheilung in die Sache? Und die Antwort dieser Frage lautet dann: vor allem in den Fällen, welche fr. 68, R. V. 6, 1, aufzählt. Wir dürfen nicht umgekehrt aus diesen zwei Worten eine allgemeine Regel entnehmen, für die es in dem ganzen Gesetzbuch sonst an Anhaltspunkten fehlt. Man hat freilich gemeint: die fragliche Stelle sei eine Umänderung von Gaj. IV, 52, also hätte Justinian etwas Neues sagen wollen. Ganz gewiß hat Justinian etwas Neues sagen wollen und mußte es auch. Denn nach Gajus IV, 48 endete das regelmäßige Verfahren stets mit einem Geldurtheil. Diesen Satz konnte aber Justinian nicht mehr gebrauchen, weil nach fr. 68, R. V. 6, 1, bei arbiträren Klagen die Verurtheilung auf die Sache selber gerichtet wurde. Und unsere Stelle mit den arbiträren Klagen in Verbindung zu bringen, ist um so mehr geboten: als der unmittelbar vorhergehende § 31 gerade von diesen

[33]) Handbuch, S. 337, der römische Civilproceß, Bd. III, S. 312.

[34]) a. a. O., S. 20.

[35]) a. a. O., S. 499.

[36]) a. a. O., S. 51.

handelt, und das hier über die arbiträren Klagen Vorgebrachte, so wie es dasteht, gar nicht mehr zum Justinian'schen Rechte paßt[37]).

So ist denn auch diese Stelle für den fraglichen Satz nicht im mindesten beweisend. Das höchste, was man auf Grund derselben zugeben könnte, wäre etwa dies: nach Justinian'schem Recht war der Richter im allgemeinen zwar wohl befugt, aber nicht verpflichtet, bei Obligationen auf Sachleistungen in die Sache selber zu verurtheilen. Dies ist vielleicht der Sinn der sehr vorsichtigen Fassung bei Wetzell a. a. O.: „Das Justinian'sche Recht — — beschränkt sich aber im Uebrigen darauf, auszusprechen, der Richter solle so viel wie möglich auf eine bestimmte Summe oder Sache erkennen." Und dieser Ansicht scheint auch Voigt[38]) zu sein. Aber selbst dieser Satz ist mir für das Justinian'sche Recht in solcher Allgemeinheit in hohem Grade bedenklich. Jedenfalls würde aber dieser Rechtssatz ein wesentlich anderer sein, als der heutzutage in dieser Beziehung geltende. Denn es ist ein gewaltiger Unterschied: ob ein Richter zu etwas nur befugt, oder ob er dazu verpflichtet ist.

So sind denn diese drei Stellen von der herrschenden Ansicht wesentlich misverstanden worden, und den Grund dieses Misverständnisses hat neuerdings Ziebarth[39]) ganz richtig in die Worte gefaßt: „Nichts als unsere eigne ganz veränderte Rechtsanschauung und Rechtsgewohnheit hat zu dieser misverständlichen Auffassung der Justinian'schen Aussprüche geführt."

Abgesehen von diesen drei Stellen hat man für den in Frage stehenden Rechtssatz noch auf die Umwandlung Gewicht gelegt, welche sich namentlich seit Diocletian und Maximian im Römischen Verfahren vollzogen hatte. Wetzell[40]) bemerkt in dieser Beziehung:

> „Während nach dem Formularproceß die Condemnation stets auf Geld gerichtet werden mußte, — — konnte die extraordinaria causae cognitio von jeher zur Zuerkennung des ursprünglichen Klageobjects führen, und da gerade sie seit Diocletian und Maximian zur Regel wurde, so fiel die Nothwendigkeit der pecuniaria condemnatio von selbst hinweg."

Allein diese Bezugnahme beweist zu viel, und deshalb gar nichts.

---

37) Vgl. v. Savigny, System, Bd. 5, S. 123.
38) Jus naturale, Bd. IV, S. 261.
39) Realexecution, S. 163.
40) a. a. O., S. 498, 499.

Denn dann hätte die Nothwendigkeit der Geldverurtheilung auch für die Obligationen auf ein facere nach Justinian'schem Rechte hinwegfallen müssen; und Wetzell erkennt für diese doch selber das Gegentheil ausdrücklich an. Zudem ist obige Begründung bereits treffend von Buchka[41]) zurückgewiesen. Derselbe hebt dem gegenüber namentlich hervor: wie die Verurtheilung auf Geld das Römische Rechtsleben durchaus beherrscht habe, und mit den Anschauungen der Römischen Wissenschaft auf's engste verwachsen gewesen sei — und fährt dann fort:

„Bei diesem Stande der Sache muß es durchaus als unmöglich bezeichnet werden, daß man sogleich mit der Aufhebung des ordo judiciorum privatorum die ganze alte Ansicht weggeworfen haben sollte. Mochte dieselbe freilich mit dem Formularproceß die plastische Gestalt verlieren, in welcher sie durch die mit der condemnatio pecuniaria versehene Formel auch dem des Rechts Unkundigen zur Schau getragen wurde, so war sie doch dem Römischen Rechtsbewußtsein fest genug eingeprägt, um sich auch ohne eine derartige äußere Stütze zu erhalten."

Ferner kommt eine Bestellung von judices pedanei doch auch nach Justinian'schem Rechte vor[42]). Und warum sollten deren Befugnisse weitere gewesen sein, als die der früheren Geschwornen?

Wetzell a. a. O. beruft sich freilich für den Satz, daß die extraordinaria causae cognitio von jeher zur Zuerkennung des ursprünglichen Klagobjects führen konnte, auf Stellen wie fr. 5, § 10, de agn. et al. lib. 25, 3; fr. 5, § 1, de re judicata 42, 1; c. 2, C. de sent. quae s. certa qu. 7, 46. Allein sämmtliche Stellen beziehen sich nur auf Geldleistungen, mindestens nicht auf Erzwingung einer Sachleistung als solcher.

Andererseits soll zwar nicht geleugnet werden: daß auch eine Nichtgeldleistung in einzelnen Fällen auf dem Wege der extraordinaria cognitio erzwungen werden konnte[43]) — ich bestreite aber selbst

---

[41]) a. a. O., S. 45, 46.

[42]) Tit. Cod. de pedaneis jud. 3, 3.

[43]) Vgl. fr. 2, § 8, test. quemadm. ap. 29, 3; fr. 1, § 2, de migrando 43, 32; fr. 3 pr., § 1, Ne vis fiat ei 43, 4; fr. 5, § 27, Ut in poss. 36, 4; fr. 1, § 1, de insp. ventre 25, 4; dazu Leist, die Bonorum Possessio, S. 338, 339; Keller, Civilproceß, § 74, Anm. 861; ferner fr. 7, ne quid in loco publ. 43, 8; dazu Schmidt, Zeitschr. für gesch. Rtsw., Bd. XV,

für die extraordinaria cognitio: daß dies Verfahren für sämmtliche Nichtgeldleistungen, die auf diesem Wege geltend gemacht wurden, die Regel bildete. Namentlich ist uns eine solche allgemeine Regel für die Obligationen auf Sachleistungen hier nirgends überliefert.

Dies wird denn anderswo von Wetzell auch ausdrücklich anerkannt. Er sagt nämlich in seinem Vindicationsprocesse, S. 126:

„Wir haben also gefunden, daß bei der extraordinären Cognitio, welche nach Auflösung des Ordo Judiciorum allgemein wurde, die Naturalexecution obwohl immer nur ausnahmsweise gestattet — — war."

Und neuerdings hat Ziebarth a. a. O. diesen Punkt näher erörtert.

Freilich sprach ich früher [44]) für Fideicommisse selbst die Vermuthung aus: daß hier zur Zeit Papinian's gar nicht mehr in Geld, sondern in die Sache nebst den Früchten selber verurtheilt wurde. Und allerdings glaube ich diese Vermuthung sogar noch besser als bisher begründen zu können, und werde hierauf sofort zurückkommen. Diese nähere Begründung wird uns dann gleichzeitig überzeugen: wie ungerechtfertigt es wäre, von dem, was bei Sachfideicommissen Rechtens war, einen allgemeinen Schluß auf alle Sachobligationen zu machen. In welcher Beziehung auch der Umstand Beachtung verdient: daß die Fideicommisse vor einem eigenen Gerichtshofe geltend gemacht wurden. Denn eine Praxis, die sich hier für einen besondern Kreis von Sachen herausgebildet hatte, brauchte nicht nothwendig die gesammte extraordinaria cognitio zu beherrschen.

Meines Erachtens steht das Justinian'sche Recht der Obligation auf Nichtgeldleistung in der hier fraglichen Beziehung folgendermaßen gegenüber da. In einzelnen bestimmten Fällen geht allerdings Urtheil wie Zwang auf Leistung in Natur. Dagegen fehlt es nicht bloß an einer allgemeinen Regel, welche sämmtliche Obligationen auf ein facere, sondern auch an einer allgemeinen Regel, welche sämmtliche Obligationen auf Sachleistungen umfaßte. Eine allgemeine Regel gibt es in dieser Hinsicht im Justinian'schen Gesetzbuche weiter keine, als die in fr. 68, R. V. 6, 1 enthaltene. Soweit diese die Obligationen auf

---

S 69—72; fr. 82, de judiciis 5, 1; dazu Wetzell, Vindicationsproceß, S. 123 fgg; fr. 32, § 4, de adm. tut. 26, 7; fr. 11, § 25, Leg. III; fr. 13 pr. de poll. 50, 12; und dazu Ziebarth, Realexecution, S. 114, 115.

[44]) Siehe oben § 82, S. 276.

Sachleistungen nicht mitumfaßt, greift für dieselben selbst noch nach Justinian'schem Recht im allgemeinen die Geldcondemnation Platz.

Mit diesem mehrfach erwähnten fr. 68 R. V. muß ich mich jetzt noch ein wenig beschäftigen. Dasselbe ist entnommen dem 51. Buche des Ulpian'schen Edictscommentares und lautet:

> Qui restituere jussus judici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quominus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. si vero nec potest restituere nec dolo fecit quominus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.

Bekanntlich ist streitig: ob, eventuell wie viel in dieser Stelle interpolirt worden[45]). Cohnfeldt[46]) hat sich neuerdings wieder für Interpolation ausgesprochen, ebenso Bethmann-Hollweg[47]), unter ausdrücklicher Zurücknahme seiner früheren Meinung, und Degenkolb in seiner Recension von Ziebarth's Realexecution[48]); und dafür möchte auch ich mich entscheiden. Von den Stellen, die Cohnfeldt beibringt, fallen namentlich in's Gewicht fr. 16, § 3, de pign. 20, 1; fr. 3, § 2; fr. 5, § 2 ad exh. 10, 4; fr. 1; fr. 2, § 1, de in lit. jur. 12, 3; c. 21. C. de R. V. 3, 32, denen noch hinzuzufügen wäre fr. 6, § 1, § 2, de conf. 42, 2 und fr. 73, de

---

[45]) Vgl überhaupt zu dieser Stelle Ribbentrop, Commentatio ad Leg. 16, § 5, de pign. Gottingae 1824, pag. 4 fgg., pag. 13 fgg.; Keller, Litiscontestation, S. 215 fgg.; Bethmann-Hollweg, Civilproceß, Bonn, 1834, S. 329 fgg.; derselbe, der römische Civilproceß, Bd. 2, S. 698, 699; Savigny, System, Bd. V, § 221, S. 123; Wetzell, Vindicationsproceß, S. 126 fgg.; Ziebarth, a. a. O, S. 63 fgg

[46]) Die Lehre vom Interesse, S. 222.

[47]) Der römische Civilproceß, Bd. 2, S. 699.

[48]) Krit. V.-J.-Schr., Bd. 9, S. 217.

fidej. 46, 1; sowie das jetzt von Bethmann-Hollweg, und früher schon von Dernburg[49]) in Bezug genommene fr. 3, § 2, de reb. eorum 27, 9. Wie viel aber interpolirt worden, wie viel also von unserer Stelle aus der Feder Ulpian's geflossen, und wie viel Zuthat der Compilatoren: das auf Grund der vorhandenen Quellen zu entscheiden, wird wohl kaum möglich sein. In dieser Beziehung ist zu bedauern, daß uns gerade hier die Basiliken-Scholien fehlen. Unsere Stelle entspricht nämlich Bas. XV, 1, 68; und die alten Scholien, welche Zachariä aus einem Palimpsest der Bibliothek des heiligen Grabes zu Constantinopel für die Bücher 15 bis 18 nachlieferte, enthalten gerade hier eine Lücke. Die Scholien hören auf bei XV, 1, 65, und fangen bei XV, 1, 73 erst wieder an. Dazwischen sind ein oder zwei Blätter ausgefallen[50]). Wenn man aber auch diesem zufolge darauf verzichten muß, den Umfang der Interpolation genau festzustellen; so dürfte doch jedenfalls der Schlußsatz „haec sententia generalis u. s. w." erst von den Compilatoren herrühren, wie dies auch Wetzell a. a. O. annimmt.

Der Inhalt der Stelle ist dieser. Bei allen Interdicten, actiones in rem wie in personam, wo arbitratu judicis etwas restituirt wird, soll folgendes Verfahren eintreten. Kommt der Beklagte dem Restitutionsbefehle nicht nach, so wird ihm die Sache, wenn er sie hat, manu militari abgenommen; hat er sie nicht, so kommt es, je nachdem dolus vorliegt oder nicht, entweder zum Würderungseide oder zur Abschätzung des Interesse.

Die Stelle bezieht sich also auf die arbiträren Klagen. Welche dies waren, und ob diese Klagengattung zur Zeit Justinian's noch dieselbe war, wie zu Zeiten der Pandekten-Juristen, mag hier unerörtert bleiben. Nur darauf mag hingewiesen werden, daß vorzugsweise dingliche Klagen hierher gehörten[51]).

Wegen der Früchte und omnis causa soll eine condemnatio eintreten, wobei man doch wohl nur an eine Verurtheilung in Geld denken kann. Dies könnte auffallen. Man möchte meinen: Früchte und omnis causa, soweit sie vorhanden, und soweit der Beklagte zu deren

---

[49]) Pfandrecht Bd. II, S. 310.

[50]) Zachariae, Supplementum ed. Bas. Heimbachianae, S. 31.

[51]) Vgl. Savigny, System, Bd. V, § 223; Keller, Civilproceß, § 28; Windscheid, Pandekten, Bd. I, § 46, Anm. 4.

Herausgabe aufgefordert war, hätten ihm ebenfalls weggenommen werden müssen. Und so wird es sich auch wohl verhalten haben [52]). Eine Verurtheilung in Geld wird also nur da nöthig gewesen sein, wo es sich um Ersatz für nicht vorhandene Früchte u. s. w. handelte.

Freilich wäre gar nicht unmöglich: daß auch noch nach Justinianschem Rechte sowohl in Bezug auf die Sache selber, wie auf die Früchte u. s. w., die der Beklagte hatte, das Ermessen des Richters: ob er überall seinen Restitutionsbefehl auf die Sache und Früchte selber richten wollte — keineswegs gänzlich ausgeschlossen war. Ein derartiges Ermessen für den früheren Geschwornen dürfte § 31, J. 4, 6, darthun [53]). Ob diese Stelle in dieser Beziehung indes auch für das Justinian'sche Recht beweist, dürfte zweifelhaft sein, da ihr Inhalt auch in anderer Beziehung hierzu nicht recht paßt [54]).

Der Umstand, daß Justinian dem fraglichen Rechtssatz keine eigne Constitution gewidmet hat, ihm vielmehr nur auf dem Wege der Interpolation Ausdruck verleiht, läßt vermuthen: daß Justinian diesen Rechtssatz nicht erst neu einführte, sondern nur ein Gebilde der Praxis bestätigte, bezw. erweiterte. Und das Entstehen dieser Praxis hätten wir dann den obigen Ausführungen zufolge nach den Zeiten der Pandekten-Juristen zu setzen. Hierfür spricht auch: daß bereits in einer vorjustinian'schen Constitution, nämlich c. 5, C. quorum appellationes 7, 65, von den Kaisern Valens, Gratian und Valentinian aus dem Jahre 378, wo es sich um ein restituere handelt, von einem unmittelbaren Zwange die Rede ist [55]).

Freilich ist der Ausdruck restituere vieldeutig [56]), namentlich wird

---

[52]) c. 7, C. de exec. rei jud. 7, 53, würde dies sogar beweisen, wenn man den Ausdruck repraesentare in dieser Stelle mit Wetzell, Vindicationsproceß, S. 125, auf eine Naturalrestitution beziehen könnte. Das ist mir aber sehr bedenklich. Die Stelle rührt nämlich von den Kaisern Diocletian und Maximian her, die in c. 21 C. de R. V. bei dem Hauptfall der arbiträren Klagen, der rei vindicatio, im Falle der contumacia noch eine Geldverurtheilung nach voraufgegangenem Eide vorschreiben. Repraesentare in der fraglichen Stelle bedeutet meines Erachtens einfach so viel wie erstatten. Vgl fr. 91, § 7, Leg. I; fr. 62, § 1, Mand. 17, 1; c. 1, C. de fund. patrim. 11, 61, u a. m.

[53]) Siehe oben S. 356.

[54]) v. Savigny, System, Bd. 5, S. 123

[55]) Vgl. zu dieser Stelle Wetzell, Vindicationsproceß, S. 125.

[56]) Vgl. Savigny, System, Bd. V, S. 127—129; Ziebarth, Realexecution, S 89; und oben, § 64, S 25, 26.

derselbe nicht bloß in Bezug auf den Restitutionsbefehl bei arbiträren Klagen gebraucht. Gleichwohl dürfte der übrige Inhalt der fraglichen Stelle uns auf die arbiträren Klagen hinweisen, worauf sie denn auch Wetzell a. a. O. unbedenklich bezieht.

So hätten wir uns denn die Entwicklung des fraglichen Rechtssatzes so zu denken.

Zu Zeiten der Pandekten-Juristen wurde der Restitutionsbefehl bei den arbiträren Klagen noch nicht unmittelbar erzwungen. Es galt damals auch für diese Klagen noch die uns von Gajus IV, 48 mitgetheilte Regel, wonach das Endurtheil stets auf Geld lauten mußte. Dagegen finden wir in dieser Beziehung unter den Kaisern Valens, Gratian und Valentinian schon unmittelbaren Zwang angewandt. Und da in der von diesen Kaisern herrührenden Codexstelle dieses Zwanges mehr beiläufig Erwähnung geschieht, ist anzunehmen: daß sich diese Entwicklung in der Praxis mehr stillschweigend vollzogen, es in dieser Hinsicht eines besondern Gesetzes gar nicht bedurft haben wird. Wie dann aber die Praxis nicht gleich allgemeine Säże zu schaffen pflegt, sondern sich nur an einzelnen Fällen versucht; so wird ein so allgemeiner Satz, wie Justinian ihn uns in fr. 68 R. V. mittheilt, auch erst im Laufe der Zeit entstanden sein. Möglich wäre ferner, daß Justinian nicht bloß bestätigt, sondern gleichzeitig verallgemeinert hätte, indem der betreffende Rechtssatz in der Allgemeinheit, wie er ihn aufstellte, vor ihm noch nicht vorhanden war.

Jetzt wäre noch der Versuch zu machen, einen Umstand zu erklären, auf den bereits andere aufmerksam gemacht haben[57]): unsere Stelle ist aus dem 51. Buche des Ulpian'schen Edictscommentares, wo dieser Rechtsgelehrte von den Vermächtnissen[58]), handelte. Wie kam Justinian dazu, eine Stelle, die sich ursprünglich auf ein Vermächtnis bezog, zu einer Interpolation, betreffend die Naturalexecution, zu benutzen? Es muß doch schon zu Zeiten Ulpian's Vermächtnisse gegeben haben, die in Natur exequirt wurden, und zwar liegt es am nächsten, hierbei an Fideicommisse zu denken.

Hiermit steht eine Entscheidung Papinian's in fr. 3 pr. Us. 22, 1 in Einklang: wonach bei Fideicommissen, abweichend von der

---

[57]) Vgl. Wetzell, Vindicationsproceß, S. 126, 127; Voigt, Jus naturale, Bd. IV, S. 259, Anm. 16.

[58]) Vgl. Rudorff, Edict, § 173, 174.

allgemeinen Regel, auch die nach dem Urtheil gezogenen Früchte herausgegeben werden mußten — auf Grund welcher Papinian'schen Entscheidung bereits Mommsen die Vermuthung ausgesprochen hat: daß auf diesem Gebiete zur Zeit Papinian's gar nicht mehr in Geld, sondern in die Sache nebst den Früchten selber verurtheilt wurde [59]).

In welcher Weise mag denn aber in früherer Zeit bei Fideicommissen die Sachleistung selber exequirt worden sein? In fr. 82 de jud. 5, 1, einer Stelle, die sich auf die Fideicommißgerichtsbarkeit bezieht, wird ein Viator statt eines Arbiter gegeben, wie Wetzell [60]) meint, zu dem Zwecke, um „die Gegenstände des Fideicommisses für den Kläger in Natur beizutreiben". Das wäre möglich. Auf alle Fälle wurde aber dies Verfahren zur Zeit Ulpian's nur ausnahmsweise eingeschlagen: „quod raro et non nisi re urguente faciendum est". Die oben in Bezug genommene Entscheidung Papinian's läßt aber vermuthen: daß es zu seiner Zeit ein ganz gewöhnliches Verfahren gab, wie ein Fideicommissar zu der ihm zugedachten Sache selber gelangte.

Dieses Verfahren wird eine besondere in rem missio für Fideicommisse gewesen sein, die Justinian abgeschafft hat [61]). Der Kaiser sagt in dieser Beziehung in c. 1 C. Comm. de leg. vom Jahre 529:

> Quum hi, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem plerumque actionem habere noscuntur, quis vel vindicationis, vel sinendi modo, aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas, optimis rationibus usa, nec facile suscepit nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcunque genus legati

---

[59]) Siehe oben S. 276.

[60]) Vindicationsproceß, S. 124.

[61]) Vgl. über dieselbe c. 1, c. 3 C. comm. de leg. 6, 43; Nov. 39 praef.; Paul. R. S. IV, 1, § 15; fr. 89 § 7 Leg. II; Vangerow, Pandekten, Bd. II. § 532.

vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda.

Aus dieser Darstellungsweise ergibt sich: daß das von Justinian eingeführte allgemeine Vindicationsrecht die fragliche missio in rem durchaus überflüssig machen sollte. Das Justinian'sche Vindicationsrecht verschaffte dem Kläger unmittelbaren Sachbesitz. Freilich waren die Digesten im Jahre 529 noch nicht excerpirt; allein wir haben uns ja bereits überzeugt, daß Justinian in fr. 68 R. V. nur eine Praxis, die er bereits vorfand, bestätigte, höchstens erweiterte. Da nun die Justinian'sche Vindication die alte in rem missio ersetzen soll, werden wir anzunehmen haben: daß auch diese früher dem Fideicommissar, nur auf einem etwas weitläufigen Wege, den Besitz der vermachten Sache ebenfalls verschaffte.

Zu dem nämlichen Ergebnis gelangt man noch auf andere Weise.

Nach Paul. R. S. IV, 1, 15 soll der Fideicommissar sogar dann, wenn der belastete Erbe die vermachte Sache verkauft hatte, verlangen können: in possessionem ejus mitti. Derartige Besitzeinweisungen erfolgten aber nöthigenfalls gewaltsam, nonnunquam per manum militarem [62]). Also hatte der Fideicommissar in dieser missio in rem ein Mittel, nöthigenfalls per manum militarem in den Besitz der ihm vermachten Sache zu gelangen.

Dies ergibt ferner fr. 89 § 7 Leg. II ganz deutlich, wo Scävola ebenfalls diese missio in rem vor Augen hat, und wo ein Versagen derselben aus besondern Gründen zu Folge hat: ut fundus apud emtorem remaneat. Wäre also die missio in rem zulässig gewesen, so würde der Fideicommissar das Grundstück selber bekommen haben, und hätte nicht nöthig gehabt, sich durch Geld abfinden zu lassen.

Diese in rem missio für Fideicommissare wird eine missio in possessionem rei singularis gewesen sein, als deren Hauptfall im Justinian'schen Recht die wegen versäumter cautio damni infecti erscheint [63]). Und um für die in Frage stehende missio in rem zu einem verwickelten Verfahren zu gelangen, hat man nur nöthig, sich ein Analogon des Verfahrens, wie es bei der Mission wegen ver-

---

[62]) fr. 3 pr. Ne vis fiat ei 43, 4. — Vgl. ferner fr. 5 § 27 Ut in poss. leg. 36, 4; fr. 15 § 23 de damno inf. 39, 2.

[63]) Vgl. zu derselben Sintenis, Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, S. 76—79.

säumter cautio damni infecti vorkam[64]), zu denken, ein Verfahren, das bereits Labeo ein „Ceterum nullus finis rei invenietur[65]) entlockte.

Also der ursprüngliche Ulpian wird in fr. 68 R. V. 6, 1 von der missio in rem gehandelt haben. Da aber Justinian in c. 1 Comm. de leg. an deren Stelle ein allgemeines Vindicationsrecht eingeführt hatte, konnten die Compilatoren die Stelle so, wie Ulpian sie niedergeschrieben hatte, nicht gebrauchen. Sie benutzten diese Stelle nun in der Weise, daß sie bei dieser Gelegenheit erörterten: wann und wie nach damaliger Praxis eine unmittelbare gewaltsame Wegnahme von Sachen statthaft sei.

Auf diese Weise erklärt sich auch der Ausdruck manu militari, der von Ulpian herrühren wird, und den die Compilatoren wegen c. 1 C. de off. mil. jud. 1, 46, genau genommen, hätten beseitigen müssen[66]).

So hätte sich denn für unsere Frage dies ergeben. Nicht einmal auf dem Gebiete der extraordinaria cognitio läßt sich eine allgemeine Regel nachweisen: wonach bei Obligationen auf Sachleistungen Urtheil wie Execution auf die Sache selber gehen mußten. Es gab immer nur einzelne Ausnahmefälle, in denen es sich so verhielt; und namentlich mit den Fideicommissen hatte es seine ganz besondere Bewandtnis. Was dann insonderheit das Justinian'sche Recht anbetrifft, so hat dasselbe in dieser Beziehung nur eine einzige allgemeine Regel, nämlich die in fr. 68 R. V. enthaltene. Diese Regel umfaßt aber hauptsächlich actiones in rem, unsere Sachobligation wird von derselben nur sehr nebenbei berührt.

Zu diesem Ergebnis stimmt sehr gut eine eigenthümliche Entwicklung, welche sich bei der Obligation auf Sachleistung in späterer Zeit vollzogen hat, eine Entwicklung, die bereits in die Zeiten der Pandektenjuristen hineinragt. Es konnte nämlich später jeder, der eine Sache zu fordern hatte, diese selber in Geld abschätzen, und dann statt der Sache eine bestimmte Summe Geldes einklagen[67]). Hatte aber

---

[64]) Siehe die Stellen bei Keller, Civilproceß, § 78, d, S. 329, 330.

[65]) fr. 15 § 33 de damno inf. 39. 2.

[66]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Handbuch, S. 332.

[67]) fr. 9 pr. § 1, § 3 R. C. 12, 1; fr. 28 § 4 de jurej. 12, 2; fr. 13 § 1 Dep. 16, 3; fr. 17 § 2 Rer. am. 25, 2; fr. 5 de exc. rei jud. 44, 2.

der Gläubiger selber die Befugnis, die ihm geschuldete Sache in Geld abzuschätzen, worauf ich noch unten zurückkommen werde [68]); so sieht man nicht ein, weshalb man dem Richter sollte verboten haben, statt der Sache in Geld zu verurtheilen. Höchstens könnte dann in dieser Beziehung doch auch nur von einer Befugnis, nicht aber einer Verpflichtung die Rede sein.

Endlich ist für unsere Frage noch der Ausdruck dupli quantitatem in c. un. C. de sententiis 7, 47 von Bedeutung, wie aber erst weiter unten gezeigt werden kann [69]).

Die hier erörterte Frage: in wie fern nach Justinian'schem Recht bei Obligationen auf Sachleistungen Urtheil wie Zwang auf die Leistung in Natur gehen mußten, — ist bereits seit den Zeiten der Glossatoren eine bestrittene gewesen [70]). Die Glosse faßte in dieser Beziehung die wichtigste Obligation auf Sachleistung, die Verkaufsverpflichtung, in's Auge und erörterte die Streitfrage bei fr. 1 pr. A. E. V. 19, 1. Und während Martinus Zwang in Bezug auf die Sache selber für zuläßig erklärte; meinten Bulgarus, Joannes, Azo und Hugolinus: daß der Schuldner sich stets durch Leistung des Interesse befreien könne [71]). Die Glosse lautet:

> „Quid autem si praecise velit habere rem, an potest? Dicit M. quod sic, si habet restituendi facultatem, si non, sit condemnatio in interesse. — — Bul. autem et Joan. et Azo et Hu. dicunt eum liberari semper praestando interesse, etiam si haberet rem.

Der Streit setzte sich in den nächsten Jahrhunderten nach den Glossatoren fort [72]). Die Ansicht des Martinus griff aber mehr und mehr um sich. Donell [73]) bemerkt in dieser Beziehung:

> „Martini sententia Accursio et maximae parti interpretum magis placuit deceptis specie aequitatis, et quorundam locorum male perceptorum."

---

[68]) Vgl. unten § 93.

[69]) Vgl. unten § 92 a. E.

[70]) Vgl. Sintenis, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, S. 20 fgg.

[71]) Vgl. Hänel, Dissensiones Dominorum, S. 47—48, 528—530.

[72]) Siehe die Literatnr bei Vinnius, Institutionum Commentarius zu Lib. III, tit. 24, Norimbergae 1726, Bd. II, S. 177, 178.

[73]) Commeut. in Cod. ad Tit. 49, Lib. IV C. de act. emti et vend. L. 4, Opp. omn. Maceratae 1830, Bd. 8, Sp. 1033.

Durandus in seinem speculum juris [74]) stellt für die actio ex empto drei verschiedene Klagformulare auf: das eine entspricht der Ansicht des Martinus, das zweite der des Azo, das dritte bringt uns schon den Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Dasselbe lautet:

„Coram, et c. conqueror de B. qui talem rem mihi vendidit pro 10 unde ago contra eum, ut rem mihi tradat, et potiorem me in possessione faciat, et interesse meum, quod est 20 praestet: et ad hoc, etc.“

Auch die beiden großen Romanisten des sechszehnten Jahrhunderts stehen sich hier in ihren Ansichten schroff einander gegenüber.

Cujacius [75]) behauptete von der actio empti:

In hanc actionem id principaliter venit, ut rei venditae vacua possessio tradatur emptori omnimodo: nam potest in id agi districte, ut tradat venditor hanc vacuam possessionem rei venditae, venditor praestare debet omnimodo,

fügt aber hinzu [76]):

Addendum, in actionem ex empto venire etiam id quod interest ex mora, ob rem non traditam, si emptor malit consequi quod interest, quam directe consequi rem.

Cujacius gab demnach im Falle nichtbeachteter Mahnung dem Käufer gegen den Verkäufer ein Wahlrecht zwischen der Erfüllungsklage und einer Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Donell [77]) hingegen meinte:

Quid si e converso emptor agat in hoc, ut sibi res vendita tradatur? Respondetur. Cum supra multis docuerimus in obligationibus hujusmodi faciendi contineri id, quod interest actoris, seu creditoris: consequens est, si venditor id, quod interest, offerat, nullam actionem esse, qua intenditur, ut rem tradat,

---

[74]) Lib. IV, Part. III de actionibus empti et venditi, Francofurti 1612, S. 236.

[75]) ad tit. XLIX de act. empti et vend. Codicis, opp. omn., Bd. 9, Sp. 352.

[76]) ebendaselbst Sp. 353.

[77]) a. a. O. Sp. 1040.

quoniam offerendo id, quod interest, praestat, quod debet. — — Quod si venditor passus sit secum ita agi, ut rem traderet emptori, feretur libellus, seu actio ejus consensu; sed nihilominus, cum ad rem judicatam ventum erit, si rem venditam non tradat, non alia erit condemnatio, quam in id, quod emptoris interest, ut hic.

Donell gibt also, genau genommen, dem Käufer nur eine Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung; jedoch mit der Maßnahme, daß er eine auf Erfüllung gerichtete Klage nicht wegen Formfehlers abweist.

Der Streit, der sich noch in den folgenden Jahrhunderten fortsetzt [78]), ist heutzutage wenigstens so weit geschlichtet: als bei allen Obligationen auf Nichtgeldleistungen der Gläubiger nicht bloß berechtigt ist, auf Erfüllung selber zu bestehen; dies ist sogar der ordentliche Weg, auf den jeder Gläubiger zunächst angewiesen. Und hat ein Gläubiger diesen Weg betreten, so ist der heutige Richter seinerseits verpflichtet: in die Nichtgeldleistung selber zu verurtheilen, und dahin nöthigenfalls seinen Civilzwang zu richten. Daraus ergibt sich dann weiter: daß ein solcher Gläubiger, wenn er Schadensersatz zu fordern hat, nur einen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung geltend machen kann. Das dritte Klagformular, welches ich oben aus Durandus mittheilte, hat also heutzutage die Oberhand gewonnen.

In dieser Beziehung steht die heutige Praxis so fest, daß sie durch eine anderweitige Auslegung des Corpus juris gar nicht mehr erschüttert werden kann. Um so mehr haben wir aber Veranlassung, das Corpus juris hier unbefangen zu betrachten. Das Corpus juris hat unsere heutige Nichtgeldleistung im allgemeinen noch gar nicht. Dieselbe hat sich erst auf nachrömischem Boden entwickelt; und der Fortschritt, den auf diese Weise das nachrömische Obligationenrecht gemacht hat, ist ein sehr erheblicher.

So fest indes der Satz auch steht: daß ein heutiger Gläubiger zunächst auf die heutige Erfüllungsklage angewiesen ist — ist nicht minder gewiß: daß diese Erfüllungsklage allein nicht ausreicht, um den Bedürfnissen des Lebens in jeder Weise gerecht zu werden. Es herrscht

---

[78]) Siehe die Literatur bei Glück, Pandekten, Bd. 4, S. 306, Anm. 64, 65; Bd. 16, S. 113, 114, Anm. 19; S. 117, Anm. 25.

jedoch sowohl in der Theorie wie Praxis große Unsicherheit darüber: in wie fern hier dem Gläubiger Abweichungen zu gestatten, in wie fern derselbe berechtigt sei, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu klagen.

Jedenfalls kann diese Frage nicht aus dem Corpus juris ausreichend beantwortet werden. Denn das Corpus juris steht der Nichtgeldleistung gegenüber wesentlich anders da, als das heutige Recht: wovon uns die obigen Ausführungen werden überzeugt haben. Dieser Punkt kann indes nicht nachdrücklich genug hervorgehoben werden, da selbst das Lübecker Appellationsgericht [79]) und andere höchste Gerichte [80]) hier für das heutige Recht mit dem Corpus juris kommen.

Die Frage: in wie fern ein heutiger Gläubiger berechtigt sei, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu klagen — taucht hauptsächlich bei den Nichtgeldleistungen auf, ist indes bei den Geldleistungen keineswegs gänzlich ausgeschlossen. Doch kann uns auch für diese das Corpus juris wenig nützen, da das Römische Recht den Interesseanspruch bei Geldleistungen im allgemeinen überhaupt nicht hat.

So sind wir denn, um hinsichtlich des Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung den Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden, lediglich darauf angewiesen, diese Bedürfnisse selber in's Auge zu fassen. Und von diesem Gesichtspunkte aus soll diese Frage hier jetzt erörtert werden.

1. Zunächst steht nun die Sache dann sehr einfach, wenn die ursprüngliche Leistung nicht mehr möglich ist. Sofern der gemahnte Schuldner in diesem Falle Schadensersatz zu leisten hat, kann es nur ein Schadensersatz wegen Nichterfüllung sein. Dieser Nichterfüllungsschadensersatz wird meistens in einer Geldleistung bestehen; es ist aber auch eine anderweitige Abfindung denkbar. Wenn z. B. der gemahnte Schuldner für den Tod eines Pferdes aufzukommen hat, so wird man ihm gestatten müssen, daß er ein gleich gutes leiste [81]). Noch unbedenklicher ist die Sache bei Fungibilien. Z. B. ein Kaufmann verkauft einen Reisekoffer, derselbe verbrennt nach der Mahnung, und der Kaufmann ist für dies Verbrennen verantwortlich. Wenn der Kaufmann aber noch andere Reisekoffer von ganz derselben Sorte hat, wie

---

79) Seuffert's Archiv, Bd. II, Nr. 154.

80) Seuffert's Archiv, Bd. XI, Nr. 141.

81) Vgl. Bd. I, S. 89, 90; arg. fr. 60 pr. Loc. 19, 2. Vgl. ferner Bekker in seinem und Muther's Jahrbuch, Bd. 6, S. 320.

der verkaufte einer war; ist ihm unbedenklich die Befugnis einzuräumen, daß er statt des verbrannten einen von diesen andern Koffern leiste.

Ebenso wird man unter Umständen, wenn die ursprüngliche Leistung absolut unmöglich ist, dem Gläubiger gestatten können, statt Geld eine andere Sache, z. B. einen andern Koffer, zu fordern [82]); obwohl dieser Punkt weniger von Bedeutung ist, denn wenn man nur Geld hat, werden die Sachen, die man gebraucht, auch wohl anderweitig zu bekommen sein.

Was dann aber die Befugnis des Schuldners anbetrifft, statt der ursprünglichen Nichtgeldleistung eine andere Nichtgeldleistung anzubieten; so hat man sie nicht bloß in dem Falle anzunehmen, wo die ursprüngliche Leistung absolut unmöglich geworden, sondern auch da, wo diese Leistung zwar an sich möglich, aber für den Schuldner, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, unmöglich ist. Die Billigkeit eines solchen Satzes ist einleuchtend, weil sonst in der Executionsinstanz schließlich doch nichts anders übrig bleiben würde, als einen Nichterfüllungsschadensersatz in Geld abzuschätzen. Auch hat Regelsberger [83]) neulich die Billigkeit eines ähnlichen Satzes an zwei Beispielen, wo es sich um vertretbare Sachen handelt, nachgewiesen; jedoch hebt derselbe das Erfordernis der Zufälligkeit nicht hinlänglich hervor, das in dem einen der von ihm besprochenen Fälle auch kaum vorhanden sein dürfte. Der Satz, so wie angegeben, ist aber ausdrücklich im Corpus juris, und zwar sogar für nicht vertretbare Leistungen in folgender Stelle enthalten.

fr. 9 pr. Locati Cond. 19, 2. — Ulpianus.

> Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem.

In welcher Entscheidung eine Eigenthümlichkeit des Miethsvertrages zu erblicken, wie z. B. Degenkolb [84]) annimmt: durchaus kein Grund vorliegt. Meines Erachtens handelt es sich hier vielmehr

---

[82]) Vgl. oben S. 91.

[83]) Archiv für die civ. Praxis, Bd. 50, S. 27—49. Vgl. Bd. I, S. 114, 115.

[84]) Platzrecht und Miethe, S. 169, Anm. 1.

um eine sehr gesunde Einschränkung des z. B. in fr. 2 § 1 R. C. 12, 1 übrigens in Bezug auf eine strengrechtliche Obligation ausgesprochenen Satzes: aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

2. Bei Obligationen auf Sachen, die für eine mehr oder weniger bestimmte Zeit, z. B. auf eine Reihe von Jahren, zum Fruchtgenuß oder zur Benutzung bestimmt sind, kann die Leistung schon durch bloße Vorenthaltung der Sache unmöglich werden, wenn nämlich die Vorenthaltung die ganze Zeit über dauert, sofern der Gläubiger sich eine Nachleistung in Natur nicht gefallen zu lassen braucht, und sich eine solche Nachleistung nicht gefallen lassen will. Hier kann also nach Ablauf der ganzen Zeit nur von einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Rede sein.

Wenn z. B. ein Grundstück auf sieben Jahre verpachtet ist, und der Verpächter die vollen sieben Jahre nicht leistet, so haben wir einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Ist dagegen der Verpächter nur ein Jahr säumig gewesen, so ist für die übrigen sechs Jahre die Leistung noch möglich. Hier wäre also der Pächter zunächst darauf angewiesen, für die sechs Jahre die ursprüngliche Leistung und im übrigen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu begehren.

Es steht nämlich in einem Falle dieser Art dem Schuldner an sich keineswegs frei, statt der versäumten Jahre andere anzubieten; denn Fruchtjahre sind keine Fungibilien. Pomponius bedient sich hier einmal in einem analogen Falle von einer Nießbrauchsobligation der Wendung „quia alius futurus sit“ [85]). Und dieser Grund ist allerdings durchschlagend. Weil man im voraus nicht wissen kann, ob z. B. ein Pachtjahr von Johannis 1877 bis Johannis 1878 dem versäumten Pachtjahre von Johannis 1870 auf 1871 an Fruchtertrag gleich kommen werde, braucht auch der Gläubiger sich dies spätere Jahr statt des versäumten früheren nicht aufnöthigen zu lassen.

Aber auch wenn jemand sich auf die sieben Jahre von Johannis 1870 bis dahin 1877 eine Wohnung gemiethet hätte, würde man dem Vermiether im allgemeinen nicht gestatten können, daß er versäumte Jahre in Natur nachleiste, obwohl es sich hier um Leistungen mehr fungibler Art handelt. Denn ein solcher Miethsvertrag wird in der Regel so auszulegen sein: daß die Einräumung der fraglichen

---

[85]) fr. 6 de usu et usufr. 33, 2. Vgl. dazu oben § 86, S. 325.

Wohnung gerade in den festgesetzten, und nicht in beliebig andern Jahren erfolge [86]).

Eine andere Frage wäre die: ob ein solcher Gläubiger seinerseits an den Schuldner das Verlangen stellen könnte, daß derselbe die versäumten Jahre in Natur nachleiste — eine Frage, deren Erörterung hier auf sich beruhen mag.

3. Wie es bei fruchttragenden Sachen, die auf eine Reihe von Jahren zum Fruchtgenuß bestimmt sind, dem Gläubiger nicht einerlei sein kann, wann sie ihm geleistet werden, weil die einzelnen Fruchtjahre keine Fungibilien sind; verhält es sich auch mit andern Sachen, die vielleicht gar nicht wieder zum Schuldner zurückkehren sollten, mit denen der Gläubiger aber einen bestimmt markirten Zweck verfolgen wollte. Wenn hier die Sache dem Gläubiger zu einer Zeit angeboten wird, wo der beabsichtigte Zweck nicht mehr erreicht werden kann; so wird ihm allerdings äußerlich die ursprünglich geschuldete Sache angeboten: aber der innere Werth dieser Sache ist, weil sie zu spät kommt, für den Gläubiger nicht mehr das, was sie ihm bei rechtzeitiger Leistung gewesen wäre. Der Schuldner bietet hier dem Gläubiger in der That einen geringeren Werth an, als dieser zu fordern berechtigt war. Und wenn der Schuldner von Haus aus wußte, zu welchem bestimmten Zwecke dem Gläubiger die geschuldete Sache dienen sollte; ist der Gläubiger ohne weiteres berechtigt, die zu spät ihm angebotene zurückzuweisen. Denn hier haben wir ja einen Schuldner vor uns, der mit Bewußtsein dem Gläubiger weniger anbietet, als wozu er verpflichtet war, und zwar dies Weniger als Vollzahlung. Der Schuldner wußte ja, zu welchem Zwecke die Sache dienen sollte; und weil dieser Zweck nicht mehr zu erreichen, ist die Leistung für den Gläubiger vielleicht völlig werthlos, z. B. die zu späte Anfertigung des Polterabendanzuges, zu dem der Gläubiger das Zeug zugethan hatte; oder sie hat für den Gläubiger geringeren Werth; oder es ist mindestens zweifelhaft, ob sie in Zukunft noch einmal für den Gläubiger den nämlichen Werth haben werde.

Ich erinnere hier an die sonstigen, oben § 87, S. 341, 342, außer dem so eben angeführten, gebrachten Beispiele: es wird Getränk geschuldet, das während eines bestimmten Volksfestes verschenkt werden sollte; ein Bauunternehmer bestellt Schwellen für eine bestimmte zu erbauende Bahn; es werden

---

[86]) Aehnliche Beispiele besprach ich Bd. I, S. 103 fgg.

dem Verderben leicht ausgesetzte Waaren geschuldet, die sofort verkauft werden sollten; mit dem auf Abbruch verkauften Hause sollte ein neues erbaut werden.

In allen diesen Fällen ist aber noch kein Raum für unsere Mahnung, da der Schuldner hier den Zweck von Haus aus kannte und es sich demgemäß noch um vertragsmäßige Wirkungen handeln dürfte. Wir sahen nämlich oben § 87 a. a. O.: daß der Gläubiger hier bei nicht rechtzeitiger Leistung ohne weiteres berechtigt sei, die Obligation durch Kündigung aufzuheben. Wir werden aber unbedenklich weiter gehen und einen derartigen Vertrag so auslegen können: für den Fall nichtrechtzeitiger Leistung soll der Gläubiger nicht bloß berechtigt sein, die ihm angebotene Leistung einfach zurückzuweisen, sondern auch befugt, sein Interesse wegen Nichterfüllung geltend zu machen. Wenn also der Wirth das Getränk, der Bauunternehmer die Schwellen, der Bauenwollende das Baumaterial anderweitig theurer bezahlen muß; oder wenn der, welcher die leicht dem Verderben ausgesetzten Sachen weiter verkaufen wollte, jetzt um seinen Verdienst gebracht wird: so ist das alles Interesse, welches der Schuldner zu vergüten hat.

Unsere Mahnung greift hier noch nicht ein, da wir es hier, wie gesagt, im Grunde mit vertragsmäßigen Wirkungen zu thun haben. Unsere Mahnung wird erst von Bedeutung, wo dem Schuldner der Zweck von Anfang an entweder unbekannt war, oder man in dieser Beziehung doch wenigstens zweifelhaft sein konnte.

Freilich sieht die Mahnung auf den ersten Blick gar nicht so aus, als ob sie uns hier von Nutzen sein könnte. Denn die Mahnung ist eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die schuldige Leistung vorzunehmen, insonderheit anzubieten. Wenn nun ein Schuldner eine solche Mahnung nicht beachtet und zu spät die Leistung anbietet; so mag es in der Ordnung sein, daß ihn für diese Verspätung Nachtheile treffen: man sieht aber nicht ein, was den Gläubiger zu einem Schadensersatzanspruche wegen Nichterfüllung berechtigen sollte.

Die gewöhnliche Mahnung reicht denn auch nicht aus, dem Gläubiger diesen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu verschaffen. Die gewöhnliche Mahnung hat für den Schuldner nur die gewöhnlichen Nachtheile zur Folge. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, wo die Erfüllung an sich noch möglich, ist aber ein außerordentlicher Nachtheil, der besonders angedroht werden muß.

Mit den Nachtheilen der Mahnung verhält es sich also gerade so, wie mit den Nachtheilen im Proceßrecht. Wie es processualische Nachtheile gibt, die von selber eintreten, und andere, die besonders angedroht werden müssen; so ist es auch mit den Nachtheilen der Mahnung der Fall.

Außerdem muß dem gemahnten Schuldner eine angemessene Frist zur Vornahme der Leistung eingeräumt werden [87]).

Aber selbst das genügt noch nicht. Wir werden vom Gläubiger auch verlangen müssen: daß er dem Schuldner den Zweck angibt, zu welchem ihm die fragliche Leistung dienen, z. B. daß das Getränke während eines Volksfestes verschenkt werden sollte.

Wenn aber dies alles vorliegt: Mahnung, Androhung, Fristeinräumung, Inkenntnissetzung des Schuldners vom Zwecke der Leistung — dann können wir unbedenklich dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung einräumen. Denn dann hat der Schuldner ja die nöthige Zeit, um die Leistung zu beschaffen; weiß woran er ist und warum es sich handelt; weiß namentlich auch, daß eine zu späte Leistung für den Gläubiger den Werth nicht hat, wie eine rechtzeitige.

Ein solcher Schuldner würde, wenn er sich zur ursprünglichen Leistung nachträglich noch bereit erklärte, in der That nicht anders dastehen, als ein Schuldner, der statt eines versäumten Fruchtjahres ein späteres anböte. Denn wie man hier nicht wissen kann, ob das spätere Fruchtjahr den nämlichen Ertrag liefern werde, wie das versäumte; so ist es bei der fraglichen Leistung, nachdem der von Haus aus in's Auge gefaßte, bestimmt markirte Zweck nicht mehr erreichbar, mindestens zweifelhaft, ob sie in Zukunft für den Gläubiger noch einmal den nämlichen Werth haben werde.

Hat aber der Gläubiger einmal mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung gedroht, so ist er hieran gebunden, und darf nachher nicht wieder die Leistung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung beanspruchen [88]).

---

[87]) Vgl. Bd. I, S. 503; Bd. II, § 87, S. 343; und über den Begriff „angemessen" Entsch. des R. O. H. G., Bd. III, S. 212, 213.

[88]) Seuffert's Archiv, Bd 23, Nr. 249; Conferenzprotocolle zum H. G. B., S. 4596; vgl. auch oben § 70, S. 99 Analoge Entscheidungen enthalten fr. 4 § 2, fr. 7 de lege comm. 18, 3 und c. 4 C. de pactis inter emt. 4, 54.

Daß dem Gläubiger ein derartiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eingeräumt werden muß, leuchtet namentlich in den Fällen ein, wo rückzahlbare Geldleistungen oder Leistungen auf marktgängige Waaren einem bestimmten Zwecke dienen sollten. Denn hier gestanden wir ja dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen nicht erreichten Zweckes nur unter der Voraussetzung zu, daß er nachwiese: er habe sich das Geld, bezw. die marktgängige Waare nicht anderweitig verschaffen können[89]). Muthen wir aber dem Gläubiger einerseits zu, sich anderweitig nach Geld, bezw. marktgängiger Waare umzusehen; so können wir nicht füglich von ihm verlangen: daß er das Geld, bezw. die Waare, welche ursprünglich zu dem fraglichen Zwecke bestimmt war, noch nachträglich annehme. Wir können m. a. W. einen solchen Gläubiger nicht auf einen Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung beschränken, sondern müssen ihm einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung einräumen.

4. Nun gibt es aber viele Leistungen, die allerdings ebenfalls ihren öconomischen Zweck haben, dem sie dienen, wo aber dieser Zweck nicht in der Weise zeitlich markirt ist, daß eine jede verspätete Leistung für den Gläubiger geringeren Werth hätte, als eine frühere; wo der Gläubiger nicht sagen kann: weil du zu spät liefertest, ist der Zweck, zu dem ich die Sache haben wollte, nicht mehr erreichbar. Man setze z. B. den Fall, daß ein Gläubiger beim Stuhlmacher einen Lehnstuhl, oder beim Schneider einen Rock bestellt hat. Den Lehnstuhl will er haben, um darauf zu sitzen, und den Rock, um ihn zu tragen. Gleichwohl wird man hier regelmäßig nicht sagen können: daß die Leistung einen geringeren Geldwerth habe, wenn Schneider oder Stuhlmacher sich um vier Wochen verspäten sollten. Es fehlt eben am zeitlich markirten Zweck, der eine solche Werthverringerung herbeiführen könnte.

Wir räumten oben, § 87, S. 374 fgg., dem Gläubiger in Fällen dieser Art eine einseitige Aufhebungsbefugnis ein, und zwar ganz unbedingt, soweit es sich um Leistungen handelte, die einentheils doch nicht unmittelbar erzwungen werden können, andererseits aber leicht anderweitig zu beschaffen sind. Wir gingen sogar soweit: dem Gläubiger diese einseitige Aufhebungsbefugnis, abgesehen von den gedachten Fällen auch da zu gestatten, wo er den Nachweis liefert: daß er

---

89) **Vgl. oben § 90, Nr. 5, S. 426 fgg.**

sich die fragliche Vermögensänderung schneller selber besorgen kann, als der Civilzwang hierzu im Stande ist.

Es wirft sich die Frage auf: ob wir dem Gläubiger in demselben Umfange einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähren können?

Ich glaube: diese Frage verneinen zu müssen.

Denn die einseitige Aufhebungsbefugnis verdient um deswillen Bevorzugung, weil sie im Stande ist, bei Nichtwillfährigkeit des Schuldners sogar ohne Rechtsstreit ein dem Gläubiger zugefügtes Civilunrecht auszugleichen. Soll's aber denn doch einmal zum Processe kommen, dann ist der Gläubiger an sich auf den ordentlichen Weg angewiesen. Dieser ist aber der: daß er auf die Leistung selber klagt und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung geltend macht.

Vielleicht möchte man noch folgenden Einwand erheben wollen: so weit es sich um Leistungen handelt, die nicht unmittelbar erzwungen werden können, räumt das heutige Proceßrecht dem Gläubiger in der Executionsinstanz die Befugnis ein, sein Interesse wegen Nichterfüllung zu liquidiren [90]). Warum kann man ihm nun diese Befugnis nicht schon früher beilegen?

Allein gerade weil das heutige Proceßrecht dem Gläubiger diese Befugnis erst in der Executionsinstanz einräumt, spricht es damit aus: daß er diese Befugnis im allgemeinen nicht schon früher haben soll. Das heutige Recht steht in dieser Beziehung in einem wesentlichen Gegensatz zum Römischen. Denn während nach Römischem Recht sowohl die Obligation auf eine Sachleistung wie auf ein facere in ihrer Entwicklung stehen geblieben sind und noch halbwegs als eine Geldobligation erscheinen: hat das nachrömische Recht die Obligation auf Sachleistung sowohl wie die auf ein Thun zu der Vervollkommnung gebracht, deren beide in der hier fraglichen Beziehung überhaupt fähig sein dürften.

Dann könnte man ja wohl im heutigen Recht nicht weiter gehen, und einen Interesseanspruch wegen Nichterfüllung nur da einräumen, wo ein zeitlich markirter Zweck gegeben ist, der bei nichtrechtzeitiger Erfüllung eine Werthverminderung der fraglichen Leistung herbeiführen würde.

---

[90]) Vgl. Wetzell, Civilproceß, § 50 a. E., zweite Auflage, S. 592; und für Mecklenburg-Schwerin, Executions-Ordnung vom 30. September 1857, § 37.

Allein in dieser Weise werden wir auch wieder nicht den Bedürfnissen des heutigen Lebens gerecht. Besondere Beachtung verdienen in dieser Beziehung die Pacht- und Miethverhältnisse, an denen dies näher auseinander gesetzt werden soll.

Soweit hier der Schuldner die Zeit verstreichen läßt, während welcher er leisten sollte, und sofern der Gläubiger sich eine Nachleistung in Natur nicht gefallen zu lassen braucht, und sich eine solche Nachleistung nicht gefallen lassen will: wird freilich die ursprüngliche Leistung unmöglich [91]). Allein wie verhält es sich: soweit die ursprüngliche Leistung noch möglich?

Hier ist der Gläubiger an sich darauf angewiesen: die ursprüngliche Leistung als solche zu erzwingen, und daneben Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung geltend zu machen. Und jedenfalls ist der Gläubiger zu einem derartigen Verfahren berechtigt.

Also wenn z. B. ein Gut von Johannis 1870 an auf sieben Jahre verpachtet wird, und der Schuldner nicht rechtzeitig leistet, so hat der Gläubiger an sich folgende Klage. Er bittet den Richter: den Schuldner zwangsweise zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzuhalten, ihm die Benutzung des Gutes zu verschaffen, und den Schuldner daneben in Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verurtheilen. Einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung für die ganze Pachtzeit steht hier auch das Bedenken entgegen: daß ein Richter nicht in die Zukunft zu schauen vermag, wie sich in den nächsten Jahren der Fruchtertrag stellen werde; man also im voraus gar nicht wissen kann, wie viel Nachtheil der Gläubiger für die noch nicht abgelaufene Pachtzeit davon hatte, daß sein Verpächter den Vertrag nicht innehalten will, somit alles dem Würderungseide des Gläubigers [92]) oder einem sehr freien Ermessen des Richters anheim gegeben wäre.

Haben wir aber auch im allgemeinen hiervon auszugehen; so wird man doch andererseits einem heutigen Gläubiger die Befugnis nicht absprechen können, dafür zu sorgen: daß die Vermögensverminderung, mit der er in Folge des ihm vom Schuldner zugefügten Civilunrechts bedroht ist, einen möglichst kleinen Umfang annehme. Man pflegt wohl zu sagen: haben ist besser, als kriegen. Denn was nützt dem Gläubiger schließlich eine noch so hohe Schadensersatzforderung, die wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vielleicht gar nicht zu heben ist.

---

[91]) Siehe oben S. 466, 467.

[92]) Vgl. oben § 90, S. 438, 439.

Demgemäß wird man dem Gläubiger die Befugnis, einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend zu machen, überall da zugestehen müssen: wo auf diese Weise die Nachtheile, welche das Civilunrecht des Schuldners in seinem Gefolge hat, enger begrenzt werden; wo auf diese Weise die Vermögensminderung für den Gläubiger eine geringere bleibt, als wenn er zum Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung seine Zuflucht genommen hätte.

Und in dieser Beziehung verdienen, wie bereits angeführt, vornämlich die Pacht- und Miethsverhältnisse besondere Beachtung, weil gerade hier der Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung leicht eine weit größere Ausdehnung annehmen kann, als es der Fall gewesen, wenn die Sache auf dem Wege des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung ausgeglichen wäre.

Wenn es sich freilich um eine Pachtung handelt, zu welcher der Verpächter das Inventar mitzuliefern hat, derselbe zwar eine desfallsige Mahnung unbeachtet läßt, aber lediglich eine Laune zu besiegen ist; wird es völlig ausreichen, wenn der Pächter mittelst Civilzwanges die Erfüllung selber erzwingt, und daneben etwaigen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung geltend macht.

Dagegen halte man folgenden Fall. Der Pächter hat, wie dies die Regel, das zur Bewirthschaftung des Gutes nöthige lebende wie todte Inventar sich selber zu halten. Jetzt will und kann der Verpächter ihm die Pachtung nicht einräumen. Der frühere Pächter behauptet nämlich, daß sein Pachtrecht noch nicht erloschen sei, und will nicht weichen. Und ob er nöthig hat, zu weichen, hängt vom Ausgange eines Rechtsstreites ab, dessen Ende noch gar nicht abzusehen ist. Wo soll jetzt der neue Pächter mit seinem Inventar hin, das er sich entweder zur Uebernahme der fraglichen Pachtung erst angeschafft und sehr preiswürdig erstanden hatte, oder das er von einem andern Pachtgute auf das fragliche Pachtgut mit hinübernehmen wollte? Es läßt sich freilich alles auch mit dem Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung ausgleichen. Der Pächter kann sein Inventar ja öffentlich meistbietend verkaufen, und später, wenn der Rechtsstreit zu Ende, und ihm das fragliche Pachtgut übergeben wird, sich wieder neues Inventar anschaffen. Den Schaden, den er auf diese Weise, sowie dadurch, daß er so lange an der Fruchtgewinnung verhindert wurde, erlitten, hat ihm dann der Verpächter zu vergüten.

Allein wenn nun in einem solchen Falle der Pächter sich nach

einem andern Pachtgute umsähe, und auf diese Weise es möglich machte, daß er sein Inventar behalten könnte — sollte ihm das nicht frei stehen? Allerdings ist das neue Pachtgut vielleicht ein wenig kleiner, auch die Pachtsumme verhältnismäßig etwas höher — thun wir aber nicht besser daran: diesen Schaden wegen Nichterfüllung auszugleichen, der möglicherweise nur den zehnten, ja wohl zwanzigsten Theil von einem wegen verspäteter Erfüllung geltend zu machenden Schaden betrüge?

Oder man setze folgenden Fall. Kleine Leute pflegen sich von großen Grundbesitzern Kartoffelacker zu pachten, zu dessen Bestellung sie dann die Sonntage oder die Zeit, welche sie sonst frei haben, verwenden. Nun weigert sich aber der große Grundbesitzer, ihnen den gepachteten Acker anzuweisen. Dann können allerdings diese Leute ihre Hände ruhig in den Schooß legen und eine Klage auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung gegen den großen Grundbesitzer anstellen. Damit haben sie aber nur noch nicht ihre Kartoffeln in's Haus, wenn die Zeit da ist, wo sie gegessen werden sollen. Sollte man nun nicht diesen Leuten gestatten können, sich nach anderm Kartoffelacker umzusehen, und wenn sie diesen vielleicht die Ruthe einen Schilling haben theurer bezahlen müssen, diesen Preisunterschied von ihrem ersten Verpächter einzuklagen? Jedenfalls würde sich der letztere dabei weit besser stehen, als wenn er Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten hätte.

Dann sind auch Fälle denkbar, wo der Gläubiger sich geradezu in einem Nothstande befinden würde, wenn wir ihn lediglich auf den Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung verwiesen. Man denke sich einen Dienstboten, dem die Herrschaft die Aufnahme verweigert. Wenn dieser Angehörige hat, bei denen er bis auf weiteres bleiben kann, dann sind freilich diese Art Leute nur zu geneigt, Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern. Wenn aber solche Angehörige nicht vorhanden sind, der Dienstbote auch kein Geld hat und ihn niemand auf Credit in Kost nehmen will — wo soll solcher Mensch hin? Er muß sich einen andern Dienst aufsuchen. Vielleicht erhält er hier nur 20 Thaler Lohn für die Zeit, wo der andere Dienstherr 24 Thaler zahlen mußte. Aber es ist doch besser, einem solchen Dienstboten auch da, wo kein Nothstand, wie der beschriebene, vorliegt, einen Anspruch auf einen derartigen Lohnunterschied und sonstige kleine Schäden zu gewähren, als ihn zu nöthigen, einen

Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung geltend zu machen. Denn der Schadensersatz wegen Nichterfüllung hält hier die Nachtheile des Civilunrechts in verhältnismäßig engen Grenzen, während der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu weitläufigen Berechnungen wegen Kostgeld u. s. w. führt.

Sonach wird man einem Gläubiger jedenfalls dann einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung einräumen müssen, wenn er sich sonst in einem Nothstande befinden würde. Aber dieser Satz befriedigt noch keineswegs die Bedürfnisse des Lebens. Man kann einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung füglich keinem Gläubiger versagen, der auf diese Weise dafür sorgt: daß die Vermögensverminderung, mit der er bedroht ist, sich in möglichst engen Grenzen halte. Da aber unser heutiges Recht als Regel hinstellt: daß die schuldige Leistung selber erzwungen werden müsse — so wird der Gläubiger im Zweifel auf den Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung zu verweisen sein. Jedenfalls muß der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung indes vorher angedroht sein, da es sich hier um eine außerordentliche Wirkung der Mahnung handelt.

Man pflegt hier gewöhnlich folgenden Satz aufzustellen: der Gläubiger habe nur dann das Recht, statt auf Erfüllung, sofort auf Leistung des Interesse zu klagen, wenn derselbe anzuführen und zu begründen vermag, daß die ursprüngliche Leistung kein Interesse mehr für ihn habe [93]). Allein einentheils nimmt man in diesem Falle Interesse unbewußt in einem weitern Sinne, als mit dem wir es hier zu thun haben [94]). Anderseits wird durch die angegebene Fassung die Frage, um die es sich handelt, mehr zugedeckt, als offen gelegt. Denn es handelt sich vornämlich darum, festzustellen: wann ist der Gläubiger zu Schritten berechtigt, die dahin führen, daß die ursprüngliche Leistung kein Interesse oder — genauer gesprochen [95]) — den vollen Werth nicht mehr für ihn habe. Denn einen Interessenanspruch, d. h. einen Anspruch auf Ausgleichung des Vermögensunterschiedes, würde ein solcher Gläubiger ja allemal haben, wenn wir ihn auch auf den Interesseanspruch wegen verspäteter Erfüllung beschränken wollten. Es handelt sich hier nur darum: wie dieser Vermögensunterschied auszu-

---

93) Vgl. z. B. Seuffert's Archiv, Bd. 17, Nr. 226.
94) Vgl. oben § 87, S. 351.
95) Vgl. oben § 87, S. 351, 352.

gleichen — und diese Frage kann unmöglich wieder vom Standpunkte des Vermögensunterschiedes aus beantwortet werden; denn bei der Beantwortung des Wie wird der Vermögensunterschied bereits als festgegeben angenommen. Wenn es sich z. B. darum handelt, ob eine Reise zu Lande oder zu Wasser zurückzulegen sei; so darf bei Erörterung dieser Frage nicht wieder darauf zurückgegangen werden, ob diese Reise überall nothwendig sei.

5. Ausgeschlossen ist der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, soweit nicht die ursprüngliche Leistung unmöglich wird, bei Vermächtnissen. Hier ist der Gläubiger also auf einen Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung beschränkt. Denn bei Vermächtnissen handelt es sich gar nicht um Leistungen, die der Gläubiger sich im voraus sicherte, weil sie einem bestimmten öconomischen Zwecke dienen sollten, sondern um Leistungen, die ihm gleichsam in den Schooß fallen. So steht z. B., wer sich ein Landgut auf 14 Jahre gepachtet hat, wesentlich anders da, als wenn in einem Testamente dem Erben die Verpflichtung auferlegt wäre, jemand an einem Landgute einen 14jährigen Nießbrauch zu bestellen [96]). Aber man möchte vielleicht meinen: wenn nun der Testator gesagt hätte, daß der Nießbrauch an dem auf seinen Tod folgenden Johannis den Anfang nehmen sollte, und der Vermächtnisnehmer sich ganz darauf eingerichtet, sich z. B. alles Inventar angeschafft hätte, und nun der Erbe den Nießbrauch nicht einräumen wollte — steht hier der Vermächtnisnehmer nicht gerade so wie der Pächter da?

Keineswegs. Wir müssen nämlich vor allen Dingen hier wieder beherzigen: daß jede letztwillige Anordnung zunächst nur unfertige Zustände in's Leben rufen kann. Es steht nicht in der Macht des Testators, zwischen seinem künftigen Erben und dem Vermächtnisnehmer eine Obligation hervorzuzaubern. Zunächst muß der Eingesetzte doch gefragt werden: ob er die Erbschaft auch haben will [97]). Und wenn der Erbe wirklich antritt, ist noch gar nicht gesagt: daß die Vermächtnisse in der Weise sämmtlich ausgeführt werden, wie der Testator anordnete. Derselbe hat vielleicht viel mehr vermacht, als er selbst im Vermögen hatte. Es liegt also dem Vermächtnisnehmer ob: sich beim Erben zu erkundigen, wie es mit seinem Vermächtnisse

[96]) Vgl. Bd. I, S. 116.
[97]) Vgl. Bd. I, S. 128, 129.

werde. Ein Vermächtnisnehmer, der ohne weiteres von der Voraussetzung ausginge, daß die Vermächtnisse genau so, wie sie auferlegt worden, auch ausgeführt würden, wäre mindestens leichtfertig; und kann nicht verlangen, daß ihm auf seine Leichtfertigkeit etwas zu gute gethan werde.

Wenn nun aber der Vermächtnisnehmer sich nach allem genau erkundigt, der Erbe ihm sogar versprochen hätte: er werde die Nießbrauchsbestellung zu Johannis vornehmen — also ein Anerkennungsvertrag vorläge, wie dann?

Ich glaube: daß selbst in diesem Fall, und überhaupt bei allen einseitigen Obligationen, der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung durchaus auszuschließen, sofern die Leistung in Natur noch möglich ist. Die einseitigen Obligationen stehen in dieser Beziehung in der That ganz anders da, als die zweiseitigen. Denn bei den zweiseitigen Obligationen handelt es sich um zwei Leistungen, die gegen einander ausgetauscht werden sollen. Läßt daher der eine von diesen Schuldnern eine Mahnung unbeachtet, so ist ein doppelt krankhafter Zustand vorhanden. Und wenn das Recht auch Veranlassung haben mag, wo ein doppelt krankhafter Zustand zu beseitigen ist, von der Regel, die hier heutzutage durch den Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung vertreten wird, abzuweichen; so folgt hieraus noch nichts für die einseitigen Obligationen.

6. Das Hauptgebiet dieses Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist die Nichtgeldleistung. Doch ist sie auch bei Geldleistungen nicht ganz ausgeschlossen: nämlich da nicht, wo es sich um Geldleistungen handelt, die der Schuldner wieder erhalten soll, also nicht beim Darlehnsvorvertrage.

Wenn also A dem B einen Hausposten versprochen hat, der diesem gekündigt war, A aber nicht rechtzeitig leistet, und B sich anderweitig das Geld anschafft; so hat B gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Dagegen ist dieser Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung jedenfalls bei solchen Geldleistungen ausgeschlossen, die sich bereits von der ihnen entsprechenden Gegenleistung losgelöst haben, und die der Gläubiger behalten soll. Es hat z. B. jemand eine Sache gekauft, die Sache ist ihm tradirt, und der Kaufpreis creditirt. Hier kann der Verkäufer, wenn er später Mahnung ungeachtet seinen Kaufpreis nicht erhält, unmöglich einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung erheben.

Wie ist es nun in dem Falle, wo Zug um Zug erfüllt werden muß, und die Sache noch nicht tradirt wurde? Kann hier der Verkäufer etwa folgendes Rechenexempel anstellen: wenn du meiner Mahnung Folge geleistet und den Kaufpreis von 100 gezahlt hättest, so hättest du die Waare erhalten, und ich 10 daran verdient; jetzt behalte ich meine Waare, mache Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend, und bitte mir die verdienten 10 aus? Ich glaube nicht: daß wir dem Gläubiger einen solchen Anspruch einräumen können. Denn wenn wir ihm heute diese 10 bewilligten, würde er vielleicht morgen dieselbe Sache an einen andern für 100 verkaufen; und hätte dann auf dieselbe Sache nicht 10, sondern 20 verdient.

Vielleicht aber sind solche Geldleistungen unserm Schadensersatzanspruche wegen Nichterfüllung günstiger, wo denselben eine Leistung auf ein Thun entspricht, und die Geldleistung im voraus zu beschaffen war? Es hat sich z. B. ein Schneider verpflichtet, dem A einen Rock für 10 zu liefern, A soll ihm aber acht Tage vorher die 10 zahlen. Wenn nun A nicht rechtzeitig zahlt, kann dann der Schneider so rechnen: hättest du geleistet, so hätte ich den Rock angefertigt, und darauf 1 verdient; diesen Verdienst von 1 bitte ich mir jetzt aus? Ich vermöchte nicht anzugeben, welches Bedürfnis für eine derartige Klage vorhanden wäre. Mag der Schneider die 10 einklagen, und dann den Rock anfertigen. Vielleicht wies er andere Arbeit von der Hand, weil er sich anheischig gemacht hatte, den fraglichen Rock rechtzeitig zu liefern? Es steht ja aber nichts im Wege, solchen Schaden auch dann daneben geltend zu machen, wenn die 10 eingeklagt werden.

Dazu kommt, daß ein solcher Verdienst sich oft so genau gar nicht wird ermitteln lassen. Eine Ausnahme machen in dieser Beziehung freilich die Fälle, wo der Geldleistung eine Leistung auf marktgängige Waaren gegenüber steht. Aber gerade hier ist die Zulassung einer Klage auf den bloßen Verdienst um deswillen so gefährlich, weil wir damit dem Differenzgeschäft in die Hände arbeiten würden. Und da sogar das H. G. B. Art. 354 diese Klage auf die reine Differenz hier stillschweigend ausschließt [98]); so steht nichts im Wege, die Klage auf den reinen Verdienst bei den Geldleistungen überhaupt abzuweisen.

Die Geldleistung steht demnach in der That unserm Anspruche

---

[98]) Vgl. oben § 71, S. 110.

auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegenüber anders da, als die Nichtgeldleistung. Es ist also nicht richtig, wenn das O. A. G. zu Lübeck[99]) in dieser Beziehung folgenden Satz aufgestellt hat:

„Für Käufer und Verkäufer gilt gleichmäßig der Grundsatz, daß der in Verzug versetzte Contrahent von dem andern schlechthin auf Leistung des Interesse belangt werden kann, so daß der Letztere nicht darauf beschränkt ist, auf Erfüllung mit Berechnung des etwaigen accessorischen Interesse zu klagen."

7. Was dann weiter das Handelsgesetzbuch anbetrifft, so verhält es sich beim Kaufe unserm Schadensersatzanspruche wegen Nichterfüllung gegenüber folgendermaßen.

Wenn der Verkäufer, anlangend Uebergabe der Waare, eine Mahnung unbeachtet läßt, so hat der Käufer die Wahl: ob er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder in anderer Weise zu Werke gehen will[100]). Jedoch setzt dieser Schadensersatz wegen Nichterfüllung regelmäßig voraus, daß dem Verkäufer dies vorher angezeigt wird[101]). Bei Fixgeschäften verhält sich indes die Sache gerade umgekehrt. Hier muß der Käufer, welcher auf Erfüllung bestehen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder Frist dem Verkäufer anzeigen[102]).

Anlangend die Kaufverpflichtung, so berücksichtigt das H. G. B. unsere Mahnung nur in so fern, als die Waare noch nicht übergeben ist, und ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung wird dem Verkäufer überall nicht eingeräumt. Denn dann hätte dem Verkäufer ein Anspruch auf den reinen Verdienst beigelegt werden müssen. Wohl aber hat das H. G. B. den Verkäufer mit Pfandgläubigerbefugnissen ausgestattet. Daß und weshalb uns diese Wirkung der Mahnung hier nichts kümmert: wurde indes schon früher dargelegt[103]).

Das H. G. B unterscheidet sich demnach, anlangend den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, vorzugsweise in so fern vom gemeinen Recht: als derselbe bei Fixgeschäften ohne weiteres eintritt;

---

[99]) Seuffert's Archiv II, Nr. 154.
[100]) H. G. B. Art. 355.
[101]) H. G. B. Art. 356.
[102]) H. G. B. Art. 357.
[103]) Vgl. oben § 71, S. 109.

und auch im übrigen der Käufer zwischen diesem und dem Schadensersatze wegen verspäteter Erfüllung die freie Wahl hat.

8. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung stellt sich als die stärkste Wirkung unserer Mahnung, als die gewaltigste Umgestaltung der ursprünglichen Leistung dar. Denn während sich die einseitige Aufhebungsbefugnis noch damit begnügt, die ursprüngliche Leistung zu vernichten; wird hier nicht bloß vernichtet, es tritt auch eine ganz andere Leistung an Stelle der ursprünglichen. Von allen übrigen Wirkungen der heutigen Mahnung unterscheiden sich indes einseitige Aufhebungsbefugnis wie Schadensersatz wegen Nichterfüllung dadurch, daß sie von der Leistung, wie sie ursprünglich war, nichts übrig lassen. Es sind die beiden außerordentlichen Wirkungen der Mahnung, die deshalb regelmäßig auch besonders angedroht werden müssen. Alle übrigen Wirkungen der Mahnung, selbst der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung nicht ausgenommen, haben mindestens den theilweisen Bestand der ursprünglichen Leistung zu ihrer Voraussetzung.

Das Hauptgebiet des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung ist die Nichtgeldleistung. Die Umgestaltung, die hier vor sich geht, besteht regelmäßig darin: daß die Nichtgeldleistung in eine Geldleistung verwandelt wird; obwohl auch, wie wir oben unter 1 gesehen haben, eine Abfindung in der Weise denkbar bleibt, daß an Stelle der ursprünglich geschuldeten, untergegangenen Sache, eine Sache gleicher Art geleistet wird. Es gibt indes auch Fälle: wo die ursprüngliche Nichtgeldleistung sich in eine Nichtgeldleistung von ganz anderer Art verwandelt; oder wo wenigstens diese anders geartete Nichtgeldleistung das Medium bildet, welches bei der Abschätzung in Geld zu Grunde gelegt wird.

Ich will dies an zwei Beispielen näher erläutern.

Es verreist jemand und deponirt für die Zeit seiner Abwesendheit seinen Hausschlüssel bei dem A. Als er von der Reise zurückgekehrt ist, fordert er sich seinen Hausschlüssel zurück. A beachtet die Mahnung nicht gleich, mittlerweile wird der Hausschlüssel ihm gestohlen, was nicht der Fall gewesen wäre, wenn er die Mahnung beachtet hätte. Wozu ist hier der A verpflichtet? Man möchte meinen: er müßte einen gleichen Hausschlüssel anfertigen lassen. Allein damit kommt der A nicht frei. Denn bei Ausmittelung des Interesse muß hier berücksichtigt werden: daß sich ein Dieb im Besitze des Hausschlüssels be-

findet, dem jetzt die Möglichkeit gegeben ist, allnächtlich die Hausthür des Deponenten aufzuschließen, und diesen zu bestehlen. Der Deponent muß also wieder in die Lage gebracht werden: wie wenn kein Dieb vorhanden wäre, der einen Hausschlüssel hätte, mit dem er sich allnächtlich seine, des Deponenten, Hausthür öffnen könnte. D. h. m. a. W.: A muß das Schloß an der Hausthür ändern und einen andern Schlüssel als den entwandten anfertigen lassen. Nun sind aber außer dem deponirten noch drei andere Hausschlüssel vorhanden, die jetzt zum veränderten Schloß nicht passen. Es war vor der Mahnung ein Hausschloß vorhanden, zu dem vier Hausschlüssel paßten. Diesen Zustand muß A wieder herstellen. Also ist an die Stelle der ursprünglichen Verpflichtung, der Rückgabe des deponirten Hausschlüssels, folgende getreten: A muß das Schloß ändern, einen neuen Hausschlüssel anfertigen, und die übrigen drei vorhandenen Hausschlüssel gleichfalls ändern lassen.

Wichtiger ist folgender Fall. Am 11. October 1866 werden zwischen A und B Verkaufspunctationen über eine dem A gehörende Erbpachtstelle vollzogen, in denen gesagt ist: daß die Tradition am 24. desselben Monats erfolgen, 7000 Thaler Antonii 1867 auf das Kaufgeld gezahlt, und der Rest des Kaufgeldes auf halbjährliche Kündigung in's Grundbuch eingetragen werden solle. Die Vorverpflichtung des Verkäufers A besteht zunächst darin: daß er die Verkaufspunctationen bei der Grundherrschaft einreicht, und diese um eine Erklärung darüber angeht, ob sie den Kauf an B genehmigen, oder vom Vorkaufsrecht Gebrauch machen wolle [104]). Wie aus den Zeitbestimmungen zu ersehen, sind beide Contrahenten von der stillschweigenden Voraussetzung ausgegangen: daß die Genehmigung der Grundherrschaft sofort erbeten werde. Und da dies meistens eine bloße Formsache zu sein pflegt, so hätte die Zustimmung der Grundherrschaft zum 24. October längst beschafft sein können, wenn A sofort nach Abschluß der Punctationen darum bemüht gewesen wäre. Statt dessen wird aber dem A am 12. October der Verkauf schon wieder leid, und er ist wiederholter Mahnungen ungeachtet gar nicht zu bewegen, unter Einreichung der Verkaufspunctationen die Genehmigung der Grundherrschaft einzuholen. Worauf ist in solchem Falle die Klage zu richten? Etwa darauf: daß der A die am 11. October 1866 abgeschlossenen Punctationen

---

[104]) Vgl. Bd. I, S. 464, 465.

einreiche? Allein der Rechtsstreit hätte ja möglicherweise Jahre lang dauern können, wie es diesmal wirklich der Fall war. Und wie hätte man einer Grundherrschaft anmuthen sein können: daß sie sich vielleicht im Jahre 1870 darüber erkläre, ob sie in einen Kaufvertrag eintreten wolle, demzufolge die Tradition bereits am 24. October 1866 geschehen, ein großer Theil des Kaufgeldes bereits Antonii 1867 bezahlt, und der Kaufgeldsrest längst eingetragen sein sollte? Jedenfalls wäre die Grundherrschaft nicht verpflichtet gewesen: auf einen solchen anachronistischen Antrag irgend welche Erklärung abzugeben. Die ursprünglichen Punctationen sind in Folge nichtbeachteter Mahnung unbrauchbar geworden. Die Verpflichtung des Verkäufers kann unmöglich mehr darin bestehen, diese veralteten Punctationen einzureichen. Mit dem Schadensersatze wegen verspäteter Erfüllung reichen wir hier nicht aus, sondern haben unsere Zuflucht zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu nehmen. Dieser setzt die alten Punctationen hier bei Seite, und verpflichtet den Verkäufer, neue Punctationen zu vollziehen, die den veränderten Zeitumständen entsprechen, worin z. B. gesagt wäre: daß die Tradition gleich nach der Genehmigung erfolgen, 7000 Thaler in dem auf die Genehmigung folgenden landesüblichen Termine gezahlt, und der Rest auf halbjährliche Kündigung in's Grundbuch eingetragen werden solle. Vielleicht weigert sich aber der Verkäufer, solche neue Punctationen zu vollziehen, und alle Executionsmittel erweisen sich als fruchtlos? Dann wird die Sache durch den Würderungseid des Käufers ausgeglichen.

So haben sich denn für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im heutigen Recht folgende Gesichtspunkte ergeben.

Derselbe tritt jedenfalls dann ein, wenn die ursprüngliche Leistung nicht mehr möglich ist.

Bei Obligationen auf Sachen, die für eine mehr oder weniger bestimmte Zeit, z. B. auf eine Reihe von Jahren, zum Fruchtgenuß oder zur Benutzung bestimmt sind, kann die Leistung schon durch bloße Vorenthaltung der Sache unmöglich werden, wenn nämlich die Vorenthaltung die ganze Zeit über dauert, sofern der Gläubiger sich eine Nachleistung in Natur nicht gefallen zu lassen braucht, und sich eine solche Nachleistung nicht gefallen lassen will.

Bei Leistungen, mit denen der Gläubiger einen bestimmt mar=

firten Zweck verfolgen wollte, wird unsere Mahnung da von Bedeutung; wo dem Schuldner der Zweck von Anfang an entweder unbekannt war, oder man in dieser Beziehung wenigstens zweifelhaft sein konnte.

Bei Leistungen, wo der öconomische Zweck nicht in der Weise zeitlich markirt ist, daß eine jede verspätete Leistung für den Gläubiger geringeren Werth hätte, als eine frühere, muß man ihm da einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugestehen: wo auf diese Weise die Nachtheile, welche das Civilunrecht des Schuldners in seinem Gefolge hat, enger begrenzt werden, als wenn der Gläubiger zum Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung seine Zuflucht genommen hätte. Es sind sogar Fälle denkbar, wo sonst eine Art von Nothstand für den Gläubiger eintreten würde.

Bei Vermächtnissen ist der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sofern nicht die ursprüngliche Leistung unmöglich wird, ausgeschlossen; und überhaupt bei allen einseitigen Obligationen.

Dagegen nicht unbedingt bei Geldleistungen, obwohl die Nichtgeldleistung das Hauptgebiet dieses Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bildet, und es mit den Geldleistungen in dieser Beziehung eine wesentlich andere Bewandtnis hat, wie mit den Nichtgeldleistungen.

Das H. G. B. unterscheidet sich, anlangend den Schadensersatz wegen Nichterfüllung, vorzugsweise insofern vom gemeinen Recht: als derselbe bei Fixgeschäften ohne weiteres eintritt; und auch im übrigen der Käufer zwischen diesem und dem Schadensersatze wegen verspäteter Erfüllung die freie Wahl hat.

Es ist möglich, daß sich die ursprüngliche Nichtgeldleistung in eine Nichtgeldleistung von ganz anderer Art verwandelt.

Jetzt stände nichts mehr im Wege, wieder auf den Schluß des vorigen Paragraphen zurückzukommen, und auseinanderzusetzen: welche Bewandtnis es mit der berühmten c. un. C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur habe.

§ 92.
Constitutio unica Codicis de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur.

Die vielbesprochene const. un. de sententiis Kaiser Justinians vom 1. September 531 lautet so:

Quum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in augustum coarctare. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere; in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, quum scimus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae cum competente moderamine proferuntur vel a legibus certo fine conclusae

Da in Bezug auf das Interesse alte Zweifel in Unmenge hervorgezogen sind, hat es uns besser bedünken wollen, eine derartige Reichlichkeit, soviel wie möglich, einzuengen. Daher verordnen wir: in allen Streitfällen, welche eine bestimmte Summe oder Natur haben, z. B. bei Verkäufen und Vermiethungen und allen Contracten, soll das Interesse die doppelte Summe durchaus nicht übersteigen; in andern Streitfällen aber, welche für unbestimmt gehalten werden, sollen die Richter, welche die Entwirrung der Sachen auf sich nehmen, mit ihrem eignen Scharfsinn nachforschen, so daß der Schade, welcher wirkich angethan wird, ersetzt, und nicht durch gewisse Kniffe und unmäßige Verdrehungen in unentwirrbare Kreise gezogen werde; damit nicht, während die Berechnung in's Unendliche geführt wird, sie an ihrer eignen Unmöglichkeit zu Grunde gehe; da es, wie wir wissen, der Natur entspricht, daß nur die Strafen eingetrieben werden, welche mit der sich gehörenden Mäßigung ausgesprochen, oder von den Ge-

statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis hujus constitutionis recitatio [1].

setzen, in bestimmten Schranken gehalten, vorgeschrieben werden. Und dies bestimmt unser Gesetz nicht bloß für den Schaden, sondern auch für den entgangenen Gewinn, weil auch danach die Alten das Interesse festgesetzt haben. Und es sei für alle, gemäß dem, was wir gesagt haben, ein Ende der alten Reichlichkeit das Verlesen dieses Gesetzes.

Der Eingang dieses Gesetzes erinnert an die Codificationsarbeiten, mit denen Justinian gerade damals beschäftigt war. Justinian hatte nämlich durch Erlaß vom 15. December 530 Tribonian mit Bildung einer Commission aus Antecessoren der Rechtsschule und Rechtsanwälten der Hauptstadt beauftragt, welche die Rechtsbücher der autorisirten Juristen unter Vermeidung aller Widersprüche excerpiren sollten [2]. Diese Commission war nun auch auf den Interessebegriff gestoßen, und hatte hier alte Zweifel in großer Menge hervorgezogen: dubitationes antiquae in infinitum productae sunt. Diese Zweifel will Justinian durch unser Gesetz, so viel wie möglich, einengen.

Zum Theil finden wir im Eingange unseres Gesetzes sogar dieselben Worte wieder, wie im § 1 der constitutio Cordi vom 16. November 534, welcher so lautet:

> Postea vero, quum vetus jus considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus, quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum legum articulus emendatus et coarctatus est, omneque jus antiquum, supervacua prolixitate liberum atque enucleatum, in nostris Institutionibus et Digestis reddidimus.

Für die casus, qui incerti esse videntur, schärft Justinian den Richtern, qui causas dirimendas suscipiunt, ein, daß sie den

---

[1]) Ueber die Form, in welcher die spätern Kaiser ihre Gesetze erließen, vgl. Rudorff, Rechtsgeschichte, Bd. I, § 79.

[2]) Const. „Deo auctore“, 1, de vet. jur. 1, 17; Rudorff, a. a. O., § 110.

Interessebegriff richtig handhaben, und verweist sie in dieser Beziehung auf ihren eigenen Scharfsinn. Dagegen in Bezug auf die casus, qui certam habent quantitatem vel naturam, schreibt Justinian nur vor: daß das Interesse das Doppelte nicht übersteigen dürfe — auch hält er es hier nicht für nöthig, den Scharfsinn der Richter besonders anzurufen. Man scheint also in diesen Fällen das Geforderte mit einer gewissen Leichtigkeit bewilligt zu haben, und das scheint auch Justinian, soweit das Doppelte nicht überschritten wird, ganz recht zu sein.

Wie sich die Entwicklung machen konnte, daß Justinian in einem gewissen Umfange das Interesse auf höchstens das Doppelte festsetzte, ist nicht gar schwer zu erklären. Sell[3]) bemerkt in dieser Beziehung ganz richtig:

„Justinian hat in Folge einer allgemeineren Tendenz seiner Legislation durch eine generelle Verordnung die Größe des Interesse in allen Fällen, qui certam habent quantitatem vel naturam, auf das duplum beschränkt, um durch eine allgemeine gesetzliche Vorschrift in weiterem Umfang Dasselbe zu erreichen, was schon vor ihm in einzelnen Fällen, theils durch das vorausgehende Versprechen des Doppelten erzielt wurde, theils ohne dasselbe nach Gesetz und Uebung bestand"[4]).

Was sind denn das aber nun für casus, qui certam habent quantitatem vel naturam? In dieser Beziehung herrscht eine große Meinungsverschiedenheit[5]). Auf alle diese verschiedenen Meinungen hier einzugehen, ist indes keineswegs erforderlich, da ihnen allen ein und derselbe Irrthum zu Grunde liegen dürfte.

Man hat nämlich geglaubt: Justinian habe in diesem Gesetze eine neue Eintheilung mit den Obligationen vorgenommen. Allein diese Auffassung steht mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch. Justinian stellt nämlich gar nicht obligationes, quae certam habent quantitatem vel naturam den obligationes, quae incertae esse videntur, gegenüber; sondern spricht einerseits

---

[3]) In seinen Jahrbüchern, Bd. I, S. 206.

[4]) Vgl. etwa fr. 31, § 20, de aed. ed. 21, 1; fr. 2; fr. 19 pr.; fr. 52, de ev. 21, 2; fr. 4, § 1, de naut. faen. 22, 2, und zu der letzten Stelle Sell, a. a. O., S. 57 fgg.

[5]) Vgl. z. B. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 258, Anm. 9.

von casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, und andererseits von casibus, qui incerti esse videntur.

Unter diesen casibus, das die Basiliken[6]) mit θέμασιν wiedergeben, sind Streitfälle, also Processe, zu verstehen, wie bereits Cujas[7]) ganz richtig gesehen hat.

Justinian bringt also solche Processe, qui certam habent quantitatem vel naturam, mit solchen Processen in Gegensatz, qui incerti esse videntur.

Und daß wir uns hier in der That auf dem Gebiete des Proceßrechts befinden, dafür spricht nicht nur der ganze Zusammenhang, darauf werden wir auch ausdrücklich hingewiesen: einmal durch die judices, qui causas dirimendas suscipiunt, sodann schon durch die Ueberschrift de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur.

Außerdem ist die ganze Umgebung unserer Stelle eine durchaus processualische: denn eine ganze Reihe vorhergehender wie nachfolgender Titel beschäftigen sich nur mit Erkenntnissen.

Man möchte vielleicht einwenden wollen: was denn mit dieser Wahrnehmung viel gewonnen sei? Das sei doch wohl ziemlich selbstverständlich: daß einer certen Obligation eine certe Klage, und einer incerten Obligation eine incerte Klage entsprechen müsse?

Diesem Einwande gegenüber möchte ich zunächst die abstracte Möglichkeit in's Auge fassen: daß eine certe Klage aus incerter Obligation an sich doch nicht gerade undenkbar wäre. Das Weitere wird sich finden.

Ueberhaupt läßt sich das fragliche Gesetz nicht anders erörtern, als indem wir Rücksicht darauf nehmen: was das Justinian'sche Gesetzbuch anderswo unter certum und incertum versteht. Wir können doch unmöglich glauben: daß Justinian in diesem Gesetze mit einem Male mit den Worten certum und incertum einen ganz neuen Begriff verbunden habe. Wir können dies um so weniger glauben, als der bei Neuerungen nichts weniger als wortkarge Justinian dann sicherlich nicht unterlassen hätte, uns anzugeben: in welchem ganz ungewöhnlichen neuen Sinn er in diesem besondern Falle ausnahmsweise die Begriffe certum und incertum habe genommen

[6]) Bas. IX, 1, 87.

[7]) Paratitla in lib. VII, tit. 47 Cod. Just. Opp. omn., Bd. II, Sp. 433.

wissen wollen. Und wenn wir dies trotz alledem glauben wollten, so würden wir daran durch den Eingang unseres Gesetzes verhindert: wo Justinian uns ausdrücklich darauf hinweist, daß die von ihm beabsichtigte Neuerung im Anschluß an das alte Recht Statt finden solle.

Wir dürfen demnach die fragliche Constitution nicht gleichsam aus dem Justinian'schen Gesetzgebungswerke herauslösen, und dann auf dem Wege der Wortklauberei herauszugrübeln versuchen: was es in diesem besondern Gesetze mit den Begriffen certum und incertum wohl für eine ganz besondere Bewandtnis haben möge. Ein derartiges Verfahren wäre durchaus unwissenschaftlich. Denn die Wissenschaft muß bemüht sein: bei jedem neuen Rechtssatz den Zusammenhang mit dem früheren Rechte herauszufinden, und von diesem Standpunkte aus das Neue zu erklären zu suchen.

Statt aber diesen von der Wissenschaft einzig und allein vorgezeichneten Weg zu gehen, hat man geglaubt: bei unserm Gesetze eine Ausnahme machen zu können — und hat dasselbe lediglich aus sich selber heraus erklären wollen.

Vielen Einfluß hat in dieser Beziehung eine Abhandlung von Magnus († 1625) gehabt [8]), der sein Verfahren a. a. O. S. 307 in folgender Weise rechtfertigt:

> „alioquin, si certum stricta ratione, ut in obligationibus dandi, accipere velimus, in tota ratione ejus quod interest nullus casus certus est."

Dieser Begründung gegenüber will ich vorläufig nur auf die condictio auf certa res verweisen, der doch niemand für das frühere Recht ihren certen Character wird absprechen wollen. Mit dieser condictio auf res certa bringen aber bereits Paulus [9]) und Ulpian [10]) den Interesse-Anspruch von der Litiscontestation an in Verbindung.

Im übrigen mag über die casus qui certam habent quantitatem vel naturam, gleich hier schon dies bemerkt werden.

Wenn es wirklich die Absicht Justinian's gewesen wäre: bei einer großen Klasse von Obligationen den Interessebegriff in der Weise zu

---

[8]) De modo aestimationis ejus quod interest, an et casibus quibus duplum excedere possit? Et qui casus certi, qui incerti esse dicantur? in Meermann's Thesaurus, Bd. III, S. 306 fgg.

[9]) fr. 31, R. C. 12, 1.

[10]) fr. 39, § 1, Leg. I. Vgl. zu dieser Stelle Bd. I, S. 404.

beschneiden, daß er das Doppelte nicht überschreiten dürfe — so hätte es ihm an Gelegenheit nicht fehlen können und dürfen, diesen Rechtssatz durch verschiedene Interpolationen in den Digesten zu bekunden. Nun hat man aber nur eine einzige Stelle beizubringen vermocht, nämlich fr. 44, A. E. V. 19, 1: wo in dieser Beziehung Tribonian seine Hand bei den Worten „et non ultra duplum periculum subire eum oportet" im Spiele gehabt haben soll[11]).

Allein gerade in Bezug auf diese Stelle läßt sich leicht nachweisen, daß in derselben keine Interpolation vorgenommen sein kann. Denn unter dieser Voraussetzung würde, wie Bekker richtig bemerkt[12]), das ganze Einschiebsel aus African sinnlos sein. Dann hätten die Compilatoren ja nur lieber gleich in fr. 43 eodem bei Paulus interpoliren können.

Zudem läßt sich der von African in d. fr. 44 aufgestellte Satz sehr füglich von seinem Standpunkte aus erklären, ohne daß man zur Annahme einer Interpolation genöthigt wäre.

Es war nämlich bei den Römern etwas ganz Gewöhnliches, im Falle eines Kaufes eine stipulatio de evictione auf das Doppelte des Kaufpreises abzuschließen[13]). War dies nun einmal unterlassen, so sollte der Käufer gleichwohl auf Nachholung dieser duplae stipulatio eine Klage haben, so lange die Entwehrung noch nicht eingetreten war[14]). Für den Fall bereits erfolgter Entwehrung weisen freilich Javolen[15]) und Paulus[16]) den Käufer darauf hin: sein Interesse geltend zu machen. Warum sollte aber nicht unter den Römischen Rechtsgelehrten eine Meinung dahin gegangen sein: daß der Käufer, wie er bei bevorstehender Eviction Anspruch auf nachträglichen Abschluß

[11]) Vgl. z. B. Giphanius, explanatio difficiliorum et celebriorum legum Cod. Just. ad tit. Cod. de evict. 8, 45, Coloniae Plancianae, 1615, pag. 466.

[12]) In seinen und Muther's Jahrbüchern, Bd. VI, S. 311.

[13]) Vgl. D. Titelüberschrift 21, 2, de evictionibus et duplae stipulatione. Ferner die Urkunden über den Kauf einer Sclavin vom 20. März 139 n. Chr., und den Kauf eines Sclaven vom 16. Mai 142 n. Chr, abgedruckt in der Kritischen Ueberschau, Bd. 6, S. 80 fgg., und bei Bruns, fontes, zweite Aufl. S. 137, 138.

[14]) fr. 2 de ev. 21, 2. Vgl. zu dieser Stelle K. O. Müller, die Lehre des Römischen Rechtes von der Eviction, S. 71 fgg.

[15]) fr. 60 de ev. 21, 2.

[16]) fr. 70 de ev. 21, 2.

der stipulatio duplae habe, so bei erfolgter Eviction der Interesse-Anspruch das duplum nicht überschreiten dürfe? Und diese Ansicht hat in der That African in unserm fr. 44 ausgesprochen.

Die Möglichkeit einer derartigen Erklärung räumt auch Bekker a. a. O. durchaus ein. Er meint aber gleichwohl: es bleibe unerwiesen, daß African die Worte in ähnlichem Zusammenhange und in demselben Sinne gesprochen habe, den sie hier empfangen.

Eine derartige Behauptung bedarf indes der Begründung, und diese hat Bekker in folgender Weise versucht:

„Wäre aber wirklich diese Grenze zu Paulus Zeiten schon anerkannt gewesen, so wäre es höchst auffällig, daß der Jurist, so wie es in fr. 43, 45 geschieht, auf die aequitas sich bezöge, statt schlechthin auf das jus receptum zu verweisen."

Allein es ist doch wahrlich ein großer Unterschied: ob ein einzelner Schriftsteller in Bezug auf einen Punkt eine Ansicht aufstellt, oder ob eine Ansicht von Wissenschaft wie Praxis allgemein als richtig anerkannt wird. Nur das erstere behaupte ich in Bezug auf fr. 44, nicht das letztere: denn Paulus und African waren in der That in der hier fraglichen Beziehung gar nicht einerlei Meinung.

Paulus sagt nämlich in fr. 43: wenn die gekaufte Sache evincirt sei, so habe der Käufer Anspruch auf Ersatz des gesammten Interesse; indes habe alles seine Grenze.

> plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa (veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo veniit pretio) iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.

Denn aus dieser Begründung ergibt sich: daß ein Interesse-Anspruch schon um ein ganz Erkleckliches das Doppelte überschreiten durfte, ohne das Rechtsgefühl des Paulus zu verletzen; und daß ihm nichts ferner lag, als die Grenzlinie für den Interesse-Anspruch auf dem mechanischen Wege einer Verdoppelung zu finden.

Zu bemerken ist noch: daß fr. 44 und 45 in den Pandektenausgaben nicht richtig abgetheilt sind. fr. 44 muß so lauten:

> Africanus libro octavo quaestionum. — cum et forte idem mediocrium facultatium sit: et non ultra duplum periculum subire eum oportet. idque et Julianum agitasse Africanus refert: quod justum est.

Das wieder von Paulus herrührende fr. 45 beginnt dann so:

sicut minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur.

Denn es ist nicht denkbar: daß Paulus sich auf African und Julian sollte berufen haben — da er ganz anderer Ansicht als diese war. Auch erhalten wir auf diese Weise zwischen dem Ende von fr. 43 und dem Anfange von fr. 45 einen zusammenhängenden Gedanken; und zwar genau denselben, den Paulus fr. 70, de ev. 21, 2 ausgesprochen hat. Dieser Umstand fällt um so mehr in's Gewicht, als auch dieses fr. 70 ebenso wie die andern beiden Stellen aus demselben Werke und demselben Buche, nämlich dem fünften Buche von Paulus' Quästionen, entnommen ist.

Im übrigen sind wir hier wiederum auf ein Stück Rechtsentwicklung gestoßen. Javolen in fr. 60, de ev. 21, 2 meinte:

„Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest."

Man sieht es der ganzen Begründung an, daß Javolen den Interesse-Anspruch für das Geringere hält. Javolen glaubte also: daß ein Käufer, der auf den Interesse-Anspruch angewiesen sei, nothwendig schlechter dastehe, als ein Käufer, der sich für den Fall der Entwehrung das Doppelte habe versprechen lassen.

Julian, ein Schüler des Javolen [17], hatte schon näher über die Sache nachgedacht. Julian entging es nicht, daß ein Interesse-Anspruch möglicherweise das Doppelte überschreiten könne, wie man daraus sieht: daß Julian das Doppelte für das Höchste hält, worauf ein Käufer Anspruch machen dürfe.

Dem stimmte African zu.

Paulus hingegen suchte zwar auch nach Schranken für den Interessebegriff; aber er begnügte sich nicht damit, wie Julian, in roher Weise mit zwei zu multipliciren; sondern war bemüht, die Grenzlinie dem Wesen des Interessebegriffes selber zu entnehmen.

So haben wir uns denn überzeugt: daß es in den Digesten an Interpolationen fehlt, welche den Interessebegriff in der Weise beschneiden, wie dies die herrschende Ansicht aus unserer Gesetzesstelle

[17]) fr. 5 de manum. vind. 40, 5; fr. 2, § 47, i. f. de O. J. 1, 2.

herauslieſt; und das iſt immerhin ſchon ein Umſtand von einiger Bedeutung.

Aber die herrſchende Anſicht hat noch mit Schwierigkeiten ganz anderer Art zu kämpfen.

So mußte ſie vor allen Dingen an dem „veluti" großen Anſtoß nehmen. Denn wenn wirklich Juſtinian den Intereſſebegriff bei einer ganzen Klaſſe von Obligationen beſchnitten hätte, und die omnes contractus nur ein Beiſpiel dieſer beſchnittenen Obligationengattung bilden — wo bleiben dann eigentlich die Obligationen, bei denen der Intereſſebegriff noch unverkürzt zur Anwendung kommt?

Sell [18]) hat ſich in folgender Weiſe über dies veluti hinwegzuſetzen verſucht:

„Wenn nämlich der Kaiſer in const. un. ſagt: in omnibus casibus — — non excedere — ſo deutet ſchon der Zuſammenhang dieſer Worte darauf hin, daß Juſtinian dabei nur die Vertragsverhältniſſe im Auge gehabt hat, indem er zuerſt als ſpecielle Beiſpiele den Kauf und die Miethe hervorhebt, und dann die übrigen Contracte unter der allgemeinen Gattungsbezeichnung folgen läßt. Zwar bezieht ſich das voranſtehende „veluti" auch auf die letztern; allein die Art, wie der Kaiſer von jenen beiden einzelnen Contracten zu der ganzen Gattung der Contractsverhältniſſe übergeht, zeigt wohl ſchon an ſich, daß er mit den angeführten Rechtsverhältniſſen diejenigen Fälle, welche unter die Vorſchrift ſeiner Conſtitution zu ſubſumiren ſind, erſchöpft habe."

D. h. m. a. W.: das „veluti" wird ganz weg räſonnirt. Sell erklärt die Stelle, als ob „veluti in omnibus contractibus" gar nicht daſtände. Denn da Juſtinian die omnes contractus nur als Beiſpiele anführt, ſo deutet der Zuſammenhang dieſer Worte ſchlechterdings nicht darauf hin, daß der Kaiſer dabei nur die Vertragsverhältniſſe im Auge gehabt habe.

Die von Juſtinian gebrauchte Ausdrucksweiſe „casus qui certam habent quantitatem vel naturam" möchte vielleicht den Gedanken nahe legen: als ob Geldleiſtungen vor allen Dingen hierher gehörten. Dieſelben hat denn auch Fritz [19]) ganz ohne Bedenken hierher geſtellt.

Allein wir können es hier offenbar nur mit ſolchen Obligationen zu thun haben, bei denen ein Intereſſe-Anſpruch nach Juſtinian'ſchem

[18]) In ſeinen Jahrbüchern, Bd. I, S. 218.

[19]) Erläuterungen, Bd. II, S. 92.

Rechte möglich ist. Nun waren aber bei Geldleistungen, sofern sie mit der condictio certi geltend gemacht werden mußten, Zinsen sogar nach der Litiscontestation ausgeschlossen [20]) — um wie viel mehr nicht das Interesse! Bei den gutgläubigen Geldleistungen erzeugte die Mahnung zwar einen Zinsenanspruch, den Interesseanspruch finden wir hier aber ebenfalls verneint [21]). Und daß es sich mit den Wirkungen der Litiscontestation hier anders sollte verhalten haben: davon ist mir wenigstens nichts bekannt. Es ist dies auch kaum glaublich, da wir hier nicht einmal den Zinsenanspruch mit der Litiscontestation in Verbindung gebracht finden [22]). Den Interesse-Anspruch bei Geldleistungen treffen wir nur sehr ausnahmsweise im Römischen Recht, z. B. bei der actio de eo quod certo loco [23]). Wir werden demnach gut daran thun, wenn wir die Geldleistungen bei Erklärung unseres Gesetzes ganz bei Seite lassen.

Jedenfalls haben wir beim Kaufe lediglich die Verpflichtung des Verkäufers und bei der Miethe lediglich die Verpflichtung des Vermiethers in's Auge zu fassen. In dieser Beziehung verdient auch die Ausdrucksweise Justinian's Beachtung, der nur von „venditionibus et locationibus", nicht etwa von emtionibus venditionibus et locationibus conductionibus spricht. Allerdings ist der Ausdruck venditio und locatio an sich zweideutig. Es kommt alles auf den Standpunkt an, von wo aus man die Sache ansieht: ob man darunter die Verkaufs- oder Kaufsverpflichtung, bezw. Vermieths- oder Miethsverpflichtung zu verstehen hat. Versetzt man sich aber nur auf den Boden des Römischen Rechts, wo bei gutgläubigen Geldleistungen der Interesse-Anspruch gänzlich ausgeschlossen war; so konnte die Ausdrucksweise Justinian's in dieser Beziehung zu Misverständnissen gar keine Veranlassung geben.

Und um etwaigen Einwendungen anlangend die Zweideutigkeit des Sprachgebrauches desto sicherer zu begegnen, mag noch, ganz zu geschweigen des fr. 19; fr. 20 A. E. V. 19, 1, auf fr. 9, § 1, de cond. ob t. c. 12, 5, Bezug genommen werden. Hier heißt es: habebo tecum ex locato vel vendito — — actionem — während

[20]) c. 1, C. de cond. indeb. 4, 5.

[21]) fr. 19 de per. et comm. 18, 6. Vgl. zu dieser Stelle Bd. I, S. 140.

[22]) Vgl. Bd. I, S. 405.

[23]) fr. 2, § 8, de eo quod certo loco 13, 4. Vgl. hierzu oben § 88, S. 389.

sich aus dem Zusammenhange ergibt, daß das eine Mal allerdings die actio locati, das andere Mal aber die actio emti gemeint ist.

Jetzt frage ich weiter: in wie fern ist in Bezug auf eine Verkaufsverpflichtung ein Rechtsstreit denkbar, qui certam habet quantitatem vel naturam, und bei dem von einer Verdoppelung, dupli quantitas, die Rede sein kann? Nur unter der Voraussetzung, daß der Kaufpreis bereits bezahlt ist, und der Käufer nicht bloß seinen Kaufpreis zurück, sondern auch Interesse erstattet haben will, z. B. weil ihm die Sache entwehrt worden. Denn war der Kaufpreis noch gar nicht bezahlt, so ist zwar wohl ein Interesse=Anspruch denkbar; es fehlt aber an der quantitas, die vom verurtheilenden Richter verdoppelt werden könnte. Ebenso verhält es sich mit der Verpflichtung des Vermiethers.

Wir haben diesem zufolge bei den casus, qui certam habent quantitatem, jedenfalls nicht an Leistungen zu denken, deren ursprünglicher Gegenstand Geld war. Andererseits haben wir aber eine quantitas nöthig, die verdoppelt werden könnte. Daher dürfen wir also nur an einseitige Verpflichtungen denken; oder wir müssen bei zweiseitigen annehmen, daß die Gegenleistung bereits beschafft war. Denn da ein Gläubiger, welcher sein Interesse geltend macht, bei noch nicht beschaffter Gegenleistung diese zuvörderst in Abzug zu bringen hat[24]), so muß es dem Richter bei Fällung des Urtheils stets an einer zu verdoppelnden quantitas gefehlt haben.

Anlangend dann die casus, qui certam habent naturam, so weist die Ausdrucksweise zu deutlich auf die condictio auf res certa hin, als daß dieselbe nicht mitumfaßt sein könnte. So hätten wir denn schon den Satz: daß der Interesse=Anspruch, welcher sich hier mit der Litiscontestation verband, den einfachen Werth nicht übersteigen, das Urtheil also über das Doppelte nicht hinausgehen dürfe, dupli quantitatem minime excedere.

Acht haben wolle man in dieser Beziehung auf den Ausdruck quantitatem. Es muß also doch wohl auch nach Justinian'schem Rechte, wo es sich um Obligationen auf Sachleistungen handelte, die Verurtheilung regelmäßig in Geld, und nicht in die Sache selber er=

---

[24]) Vgl. z. B. fr. 8 Loc. Cond. 19, 2, Worte: et tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta, quae ab illo perciperet, si dominus insulae habitare novissimum conductorem non vetuisset: quo jure utimur.

folgt sein [25]); weil es ja sonst wieder an der quantitas fehlen würde, die verdoppelt werden könnte. Andererseits scheiden aber in dieser Beziehung die arbiträren Klagen jedenfalls insofern gänzlich aus, als hier nach Justinian'schem Recht auf die Sache selber erkannt wurde.

Die hier vorangeschickten Bemerkungen sollten gewissermaßen die Einleitung zum Verständnis unserer Stelle bilden. Wollen wir aber zum Verständnis selber durchdringen, so wird es vor allen Dingen nöthig sein: daß wir uns um den Entwicklungsgang bekümmern, den die Begriffe certum und incertum im Römischen Rechte durchgemacht haben. Hiervon im nächsten Paragraphen.

§ 93.

Constitutio unica Codicis de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur. — Fortsetzung.

Zweifelsohne kennen bereits die Zwölftafeln bei nichtvertragsmäßigen Leistungen ein incertum [1]). Ich erinnere in dieser Beziehung an die arbitria familiae herciscundae [2]) und de aqua pluvia arcenda [3]). Denkbar wäre es auch: daß das incertum schon frühe den Gegenstand von solchen Verträgen bildete, die unter Mitwirkung eines Magistrates abgeschlossen wurden [4]). Ob aber darüber hinaus das incertum ursprünglich Inhalt eines Vertrages sein konnte: scheint mir wenigstens zweifelhaft zu sein.

Jedenfalls ist die Entwicklung zunächst die gewesen: daß das certum immer mehr von seinem Gebiete verlor, und daß sich das incertum auf dessen Kosten erweiterte — eine Entwicklung, die wir noch bis in die Zeit der späteren Römischen Rechtsgelehrten verfolgen können.

So wirft z. B. Ulpian den Gedanken ziemlich weit weg „id quod ex Arethusa ancilla natum erit", oder „fructus qui in fundo Tusculano nati erunt" für ein incertum zu halten [5]); wäh-

[25]) Vgl. in dieser Beziehung oben § 91, S. 461.

[1]) Vgl. v. Keller, Civilproceß, § 7; Bekker, Actionen, Bd. I, S. 65; Kuntze, Institutionen, § 146; derselbe, Excurse, S. 124—127.

[2]) fr. 1, pr. fam. herc. 10, 2.

[3]) fr. 21, pr. de statulib. 40, 7; fr. 22, § 2, de aqua et aquae pluviae 39, 3. Vgl. Hesse, Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, S. 193, 194.

[4]) Vgl. fr. 5, Ne quid in l. p. 43, 8, und dazu Bekker, Actionen, Bd. I, S. 146.

[5]) fr. 75, § 4, V. O. 45, 1.

rend doch Gajus nicht das mindeste Bedenken trägt, sich beides als Gegenstand eines certen Damnationslegates zu denken[6]).

In fr. 75, § 8, V. O. behandelte es Ulpian als eine zweifelhafte Frage: ob die alternative Stipulation auf dare dem Gebiete des incertum zugewiesen sei. Er selbst will darauf gesehen wissen: ob der Gläubiger oder Schuldner das Wahlrecht habe. Gajus IV, 53 hingegen hält die alternative Obligation auf dare ganz unbedenklich auch da für eine certe, wo dem Schuldner das Wahlrecht zusteht[7]).

Ferner faßt zwar Ulpian den stipulirten Nießbrauch an einer bestimmten Sache als ein incertum auf[8]): früher dachte man in dieser Beziehung aber ebenfalls anders[9]). Und wie jung noch zu Ulpian's Zeit diese Entwicklung gewesen sein muß, mögen wir daraus entnehmen: daß Ulpian selber an einer andern Stelle eine Nießbrauchsforderung als Beispiel einer condictio auf res certa anführt[10]). Diese Stelle beweist demnach keineswegs, wie Voigt[11]) annimmt, für die Klage aus der Stipulation: daß die incerti condictio eine Unterart der condictio triticaria gewesen[12]).

Wenn aber die Erweiterung des incertum auf Kosten des certum noch in die Zeiten der spätern Römischen Rechtsgelehrten hineinreicht; so mögen wir daraus entnehmen: daß das certum einstmals einen sehr weiten Umfang haben mußte. Und eine ungefähre Vorstellung, wie weit dieser Umfang gewesen, erhalten wir, wenn wir bedenken: daß selbst das facere ursprünglich vom Gebiete des certum nicht ausgeschlossen war — wie durch die alte obligatio auf operam dare bewiesen wird[13]); und gar die Verpflichtung des Vormunds in alter Zeit diesem Gebiete eingereiht wurde — wie aus Cic. de oratore I, 36, § 166, 167, hervorgeht[14]).

---

[6]) Gaj. II, 203, 204. Vgl. oben § 86, S. 312.

[7]) Vgl. v. Keller, Civilproceß, § 88, Anm. 1113.

[8]) fr. 75, § 3, V. O. 45, 1.

[9]) fr. 37, de usufr. 7, 1. Vgl. dazu oben, § 86, S. 330, 331.

[10]) fr. 1, de cond. trit. 13, 3. Vgl. dazu Keller in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. 15, S. 146 fgg.

[11]) Jus naturale, Bd. IV, S. 393.

[12]) Vgl. über diese Frage v. Savigny, System, Bd. 5, S. 626, 627, und Puchta, Institutionen, Bd. II, § 165, Anm. ee, ff.

[13]) Vgl. oben § 86, S 311 fgg.

[14]) Vgl. zu dieser Stelle Rudorff, Recht der Vormundschaft, Bd. III, S 66.

Auf diesem weiten Gebiete des certum herrschte die plus petitio mit unerbittlicher Strenge, die gerade wegen ihrer Strenge zu einer treibenden Kraft für die Entwicklung des Obligationenrechts geworden ist.

Denn gerade weil sie so strenge war, weil sie jeden Gläubiger wegen der kleinsten Zuvielforderung um seinen ganzen Anspruch brachte [15], suchte man ihr nach Möglichkeit auszubiegen; es entstand die Intention auf quidquid dare facere oportet, wo von Zuvielforderung keine Rede sein konnte. Illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oporteret intendatur, nemo potest plus intendere [16]).

Nun läßt sich das incertum und certum in doppelter Weise als Gegensatz denken. Der Gläubiger will einen Betrag x haben, nicht mehr und nicht weniger, z. B. was ihm Sejus schuldet, was ihm aus dem Testamente geschuldet wird: er weiß nur nicht, wie groß dieses x, ob es 100, oder mehr, oder weniger beträgt. Und deshalb ist er bemüht gewesen, sich Stipulationen zu verschaffen, die ihn der Gefahr der Zuvielforderung nicht aussetzten, auf Grund derer eine Intentio mit quidquid dare facere oportet gegeben wurde. Er hat Stipulationen von folgender Fassung abgeschlossen: quod mihi Sejus debet, dare spondes? quod ex testamento mihi debes, dare spondes? [17]).

Zweifelsohne haben die Begriffe certum und incertum in alter Zeit nur diesen Gegensatz gehabt. Das incertum stellte sich da ein, wo der Gläubiger über die Größe seines Anspruches nicht recht im klaren war. Cicero drückt einmal diesen Gegensatz, freilich mit etwas Uebertreibung, so aus [18]):

> Judicium est pecuniae certae: arbitrium incertae. Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus: ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur. — — — Ille tamen confitetur plus se petere, quam debeatur: sed satis

---

[15]) Vgl. v Keller, Civilproceß, § 44.

[16]) Gaj. IV, 54.

[17]) fr. 75, § 6, V. O. 45, 1.

[18]) pro Q. Roscio cap. IV, § 10, 11, 12.

superque habere dicit, quod sibi ab arbitro tribuatur. Itaque alter caussae confidit: alter diffidit.

Wenn aber auch hierauf der Gegensatz zwischen certum und incertum sich ursprünglich beschränkt haben wird, so drängte sich doch später die Wahrnehmung auf: daß ein Geschworner, der in quidquid dare facere oportet zu verurtheilen habe, sich nicht nothwendig auf den von Haus aus gegebenen Betrag zu beschränken brauche. Man fand: daß das incertum ein dehnbarer Begriff sei; ein Ding, das wachsen könne; daß es der Anweisung eines solchen Geschwornen durchaus nicht zuwiderlaufe, wenn er nicht bloß in das von Haus aus gegebene x, sondern in x und y verurtheile.

Diese Entwicklung können wir z. B. ganz deutlich beim legatum sinendi modo verfolgen [19]). Auf Grund eines solchen Legates wurde eine Formel mit quidquid dare facere oportet ertheilt [20]). Dies hatte ursprünglich nur den Sinn: daß ein solcher Gläubiger gegen die Gefahren einer Zuvielforderung geschützt war. Wenn er also zwei Grundstücke forderte, ihm in Wahrheit aber nur eins geschuldet wurde; so ging er nicht seines ganzen Anspruches verlustig, sondern erhielt das eine ihm zukommende Grundstück.

Julian machte dagegen ausfindig: daß es in einem solchen Falle der Anweisung des Geschwornen durchaus nicht zuwiderlaufe, wenn er nicht bloß in das eine Grundstück, sondern gleichzeitig in Früchte verurtheile. D. h. m. a. W.: das incertum sollte nicht bloß das ursprüngliche x, sondern daneben ein y umfassen.

Ueberhaupt sind auf diese Entwicklung des incertum der Interessebegriff und alle Mahnungswirkungen, sofern sie den ursprünglichen Schuldgegenstand vergrößern, zurückzuführen.

Das certum war von Haus aus nicht bloß ein klarer, sondern auch ein undehnbarer Begriff. Dem klaren x konnte sich ursprünglich kein y zugesellen. Aber auch dies wurde im Laufe der Zeit anders. Das incertum begnügte sich nicht damit, dem certum Gebiet ganz und gar wegzunehmen. Auch auf dem Gebiete, welches es dem certum lassen mußte, suchte sich das incertum in der Weise einzunisten, daß es dem certum ein incertes y anhängte. So ging es z. B. der Condiction aus Stipulatio auf res certa, mit der Sabinus

---

[19]) Gaj. II, 280.
[20]) Gaj. II, 213.

und Cassius von der Litiscontestation an einen Anspruch auf Früchte verbanden [21]), und wo wir später von der Litiscontestation an gar dem Interesse=Anspruch begegnen [22]).

Unserer Mahnung gegenüber hat indes die condictio auf res certa im ganzen und großen in doppelter Beziehung ihren certen Character zu bewahren gewußt [23]); obwohl es auch nicht an Fällen fehlt, wo sich das alte certum von Anfang an ein y aufnöthigen lassen mußte. Ein Beispiel dieser Art bietet z. B. die condictio furtiva des Eigenthümers, mit der man später von Anfang an einen Interesse=Anspruch verknüpfte [24]).

So groß diesem allem zufolge die Einwirkung des incertum auf das Obligationenrecht gewesen, war es andererseits doch ein höchst mangelhafter Zustand: daß einem Geschwornen zugemuthet wurde, auf Grund einer Formel quidquid dare facere oportet zu Werke zu gehen. Man vergegenwärtige sich nur einmal, was das heißen würde, wenn man derartiges von einem heutigen Richter verlangen wollte.

Also A und B haben z. B. einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen. Jetzt kommt A zum Richter mit folgender Klage: da ich mit dem B einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen habe, so bitte ich das löbliche Gericht, den B in alles das zu verurtheilen, was er mir schuldig ist. Der heutige Richter weist eine solche Klage wegen zu großer Unbestimmtheit unbedenklich ab. A mag sagen, was und wie viel er haben will; auf weiteres wird sich nicht eingelassen.

Nun wird allerdings der A vor einem Römischen Geschwornen ebenfalls von seiner Fähigkeit, Gedanken Worte zu leihen, haben Gebrauch machen müssen. Allein es ist doch ein großer Unterschied: ob der Richter erst nach und nach die Größe des Anspruches herauszufinden hat, oder von Anfang an feste Summen u. dgl. vorliegen, an die der Kläger gebunden ist. Denn was stand bei einer incerten Formel im Wege: daß der Gläubiger heute vor dem Geschwornen 1000, morgen aber bereits 2000 forderte? Fielen doch die 2000 allemal unter den Begriff des quidquid dare facere oportet, wenn sie nur überhaupt geschuldet wurden; einerlei, ob sie gestern oder heute gefordert waren.

[21]) fr. 38, § 7, Us. 22, 1. Vgl. oben § 63, S. 11, 12.

[22]) fr. 31, pr. R. C. 12, 1; vgl. ferner fr. 39, § 1, Leg. I.

[23]) fr. 38, § 7, Us. 22, 1. Vgl. oben § 63, S. 12.

[24]) fr. 3, de cond. furt. 13, 1. Vgl. oben § 63, S. 12—13.

Und daß nach Römischem Rechte auf dem Gebiete des incertum ein solches Verfahren möglich war, vermögen wir durch Rückschluß dem Umstande zu entnehmen: daß, wenn jemand εἰς ἔλαττον διετιμήσατο τὴν ἑαυτοῦ δίκην, minoris taxaverit suam litem, dies ihm nach einer Vorschrift Kaiser Zeno's [25]) nichts schaden, der Richter vielmehr angewiesen sein sollte, in den wirklichen Betrag zu verurtheilen; Kaiser Zeno also die Befugnis des Gläubigers, nachträglich mehr zu fordern, sogar auf das Gebiet des certum verpflanzte. Denn wenn der Richter an das ursprünglich geforderte Weniger nicht gebunden sein sollte, so lag darin ausgesprochen: daß er nachträgliche Mehrforderungen nicht ungeprüft zurückweisen durfte.

Und so unbequem wie für den Richter, so unbehülflich konnte das incertum auch für den Gläubiger selber werden, wenn wir uns nur an zwei Sätze des alten Proceßrechtes erinnern wollen: an den „bis de eadem re ne sit actio" [26]) und den andern, daß ein Römischer Geschworner von Haus aus nur in Fälliges verurtheilen konnte [27]).

Man setze A. A. habe an N. N. eine Wohnung auf zehn Jahre für jährlich 100 vermiethet. Wenn sich dann A. A. und N. N. die zehn Jahre über gut mit einander zu stellen wissen, und erst nach Ablauf dieser zehn Jahre der Streit ausbricht; dann allerdings genügt das quidquid dare facere oportet. Wenn nun aber gleich schon nach dem ersten Jahre der Streit entstand und N. N. vielleicht seine Miethe nicht zahlte? Dann war A. A. vor folgende Alternative gestellt: entweder er mußte mit seiner Klage warten, bis die zehn Jahre abgelaufen waren, wenn er nichts verlieren wollte; oder er klagte sofort die 100 ein, verlor dann aber seine Ansprüche für die übrigen neun Jahre [28]).

Ein solcher Zustand erheischte eine Aenderung. Man mußte einsehen, daß das incertum, wie man es im ersten Anlaufe gebildet hatte, doch ein gar zu unbestimmtes Ding sei; daß es daher nicht

---

[25]) c. 1, § 3, C. de plus pet. 3, 10. Vgl. dazu unten S. 515.

[26]) Quinctilianus, Inst. VII, 6, 1; Declam. 266; Gaj. IV, 98, 106—108; Bekker, die proc. Consumption, S. 21 fgg.; derselbe, Actionen, Bd. I, S. 334 fgg.

[27]) Vgl. oben, Bd. I, S. 349 fgg.

[28]) v. Keller, Litiscontestation, § 33, S. 259; derselbe, Civilproceß, § 41.

schaden könne, wenn man demselben zuweilen einige certe Zügel anlege. Auf diese Weise entstanden zum Theil die praescriptiones pro actore.

Durch diese wurde dem Gläubiger die Möglichkeit geboten: einzelne bestimmte Ansprüche, soweit sie bereits fällig waren, aus dem Gesammtverhältnisse, welches von der Intention quidquid dare facere oportet umfaßt wurde, loszulösen, und besonders einzuklagen, ohne seiner übrigen Ansprüche verlustig zu gehen. Und die Präscription, wie wir sie für unsern Fall gebrauchen, lautete: ea res agatur, cujus rei dies fuit[29]) — so daß wir uns demnach die ganze Formel in unserm Falle so zu denken hätten:

> Ea res agatur, cujus rei dies fuit. Quod As. No. domum locavit, quidquid ob eam rem Nm. Ao. dare facere oportet ex fide bona, ejus judex Nm. Ao. condemna, s. n. p. a.

So wären wir freilich schon etwas weiter gekommen, aber gewaltig unbestimmt bleibt eine solche Formel noch immer. Man vergegenwärtige sich doch einmal, wenn bei einem heutigen Richter folgender Antrag eingebracht würde: ich habe dem N. N. mein Haus vermiethet und bitte um Verurtheilung in die fälligen Miethsgelder — es würde niemand einem heutigen Richter zumuthen, auf einen so unbestimmten Antrag eine Verhandlung einzuleiten.

Dann denke man sich einen Fall, wo die Parteien vor dem Prätor sich vollständig darüber einig sind, daß die eventuell zu zahlende Miethe sich auf 100 belaufe; es herrscht vielleicht nur darüber Streit, ob diese 100 bereits bezahlt oder erlassen seien. Warum hätte hier die Präscription nicht gleich lauten können: ea res agatur de centum solvendis? Eine solche Präscription bot vor der von Gajus mitgetheilten sogar den Vortheil: daß der Schuldner eine Einräumung, die er vielleicht in jure gemacht hatte, in judicio nicht wieder zurücknehmen konnte[30]). Vielleicht war man nach weitläufigen Verhandlungen in jure erst zu dem Ergebnis gelangt, daß es sich um 100 handle. Sollten diese Verhandlungen nun alle vergeblich gewesen sein, und dem Beklagten in judicio wieder freistehen zu behaupten: daß, wenn er überall etwas schulde, höchstens 25 fällig seien!

Haben wir aber eine praescriptio de centum solvendis, so

---

[29]) Gaj. IV, 131.

[30]) arg. fr. 18, Com. div. 10, 3, vba: quia ultra id quod in judicium deductum est excedere potestas judicis non potest.

war es nur noch ein kleiner Schritt: dem Vermiether eine condictio certi auf die von ihm geforderten 100 einzuräumen. Eine solche Fassung „si paret Nm. Ao. centum dare oportere" gewährte sogar noch den Vortheil, daß sie die Sache, um die es sich in Wirklichkeit handelte, viel einfacher zur Anschauung brachte.

So sind wir denn bereits bei der condictio certi generalis angelangt, mit der ich mich jetzt eingehender beschäftigen muß. Sie wird sich zuerst auf dem Gebiete des incertum eingestellt haben; und ich erblicke in derselben eine ganz natürliche Entwicklung. Denn da dies incertum doch nur ein Gebiet war, das sich vom certum losgelöst hatte — warum ist es so undenkbar, daß sich die condictio certi nachträglich bei diesem incertum selber wieder einfand? Ehe z. B. die locatio conductio ein klagbarer Consensualvertrag war, wird man das öconomische Bedürfnis, dem dieselbe diente, in Bezug auf die Verpflichtung des Miethers, vielleicht durch Stipulationen befriedigt haben. Wenn aber jemand, der für die Benutzung einer Wohnung jährlich 100 stipulationsweise versprochen hatte, mit der condictio certi haftete — warum dann auch nicht der, welcher nicht stipulationsweise versprochen, nachdem man sich einmal dazu entschlossen hatte, ein solches Versprechen für bindend zu erklären?

Dazu nehme man: daß sich die Stipulationsform im Laufe der Zeit stets laxer gestaltete, daß die Worte dare und spondes aufhörten, alleiniges Merkmal der Stipulation zu sein; daß es vielmehr nur noch darauf ankam, ob Frage und Antwort in beliebiger Form oder Sprache erfolgt sei; daß Frage und Antwort, als solche, durch den Begriff Consensualvertrag keineswegs ausgeschlossen sind; daß manche Verträge, die in früherer Zeit nur als Consensualverträge aufgefaßt werden konnten, sich in späterer Zeit als Stipulationen darstellten[31]); — und man wird die hier angenommene Entwicklung des Römischen Rechtes um so natürlicher finden.

Ferner fehlt es ja auch sonst nicht an Beispielen: daß auf das incertum nachträglich wieder Sätze vom certum übertragen wurden — in welcher Beziehung hier nur an Gaj. IV, 59; fr. 33, A. E. V. 19, 1, und fr. 17, § 4, Comm. 13, 6, erinnert werden mag[32]).

Ich begreife in der That nicht: was in der hier fraglichen Ent-

---

[31]) Vgl. Gneist, Formelle Verträge, S. 250—253.

[32]) Vgl. dazu Keller, Civilproceß, § 44, S. 186.

wicklung des Römischen Rechtes Auffallendes liegen könnte; und wie Schriftsteller [33]), die die Möglichkeit eines solchen Verfahrens zugeben, sich so sehr dagegen haben wehren können: daß sie die in dieser Beziehung ziemlich deutlich redenden Quellenstellen glaubten gezwungen auslegen zu müssen.

Dafür daß sich diese condictio certi generalis aber gerade im Anschluß an die praescriptio pro actore, welche dafür sorgte, daß nur das Fällige consumirt werde, entwickelte — scheint mir zu sprechen, daß noch Ulpian [34]) ihre Zulässigkeit davon abhängig macht:

> dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere.

während bekanntlich die gutgläubige Obligation im allgemeinen die Entwicklung nahm, daß sie auch vor der Erfüllungszeit zum Gegenstande eines Rechtsstreites gemacht werden konnte [35]).

Beispiele dieser Art von condictio certi generalis enthalten folgende zwei Stellen.

fr. 28, § 4, de jurej. 12, 2. — Paulus.

> forte si ob actionem mandati negotiorum gestorum societatis ceterasque similes jus jurandum exactum sit, deinde ex isdem causis certum condicatur [36]).

fr. 5 de exc. rei jud. 44, 2. — Ulpianus.

> ut puta si quis mandati acturus, cum ei adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat.

Wenn aber auch die condictio certi generalis ursprünglich nur dazu gedient haben wird: einzelne bestimmte Geldleistungen aus dem gesammten Schuldverhältnisse eines incertum herauszulösen — so ist man hierbei doch nicht stehen geblieben. Vielmehr wirkten verschiedene Umstände zusammen, nachdem man einmal angefangen hatte, die condictio certi als Nebenklage zu verwenden, von dieser Nebenklage erweiterten Gebrauch zu machen.

---

[33]) z. B. Salkowski, Novation, S. 18.

[34]) fr. 9, pr. R. C. 12, 1.

[35]) Siehe Bd. I, S. 349 fgg.

[36]) Vgl. zu dieser Stelle Römer, bed. Novation, S. 290, 291; Krüger, processualische Consumtion, S. 108.

So stellte sie sich z. B. neben den infamirenden Klagen[37]) ein.

fr. 36, O. et A. 44, 7. — Ulpianus.

Cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant.

Denn was hatte ein Gläubiger davon, seinem Schuldner Nachtheile zuzufügen, die ihm nichts einbrachten. Einem Gläubiger ist um das Seinige zu thun, im übrigen ist er ganz gewaltig großmüthig. Andererseits ist aber nicht anzunehmen, daß ein Gläubiger statt der infamirenden Klage die condictio certi da sollte gewählt haben, wo diese für ihn der gefährlichere Weg gewesen wäre. Es ist nicht denkbar: daß ein Gläubiger ohne Noth die großen Gefahren der plus petitio sollte auf sich geladen haben. Er wird also nur dann zur condictio certi geschritten sein, wenn über den eventuell geschuldeten Betrag ein Einverständnis mit dem Beklagten erzielt war. Und den Schuldner in dieser Beziehung mürbe zu machen: dazu war die im Hintergrunde drohende Infamie gar kein so unpassendes Mittel. Die Stellung eines solchen Gläubigers einem solchen Schuldner gegenüber war demnach diese: räume mir ein certum ein, über das wir streiten können; oder ich belange dich mit der infamirenden Klage.

Dieser Gesichtspunkt der Infamie trifft auch für zwei der in fr. 28. § 4, de jurej. 12, 2, erwähnten Beispiele zu: nämlich für Mandat und Gesellschaftsvertrag[38]).

Man beschränkte ferner diese Condiction nicht auf Geldleistungen, sondern dehnte sie auch auf solche Obligationen aus, die von Haus aus auf eine Sache gingen.

fr. 17, § 2, Rer. am. 25, 2. — Ulpianus.

Non solum eas res, quae exstant, in rerum amotarum judicium venire Julianus ait, verum etiam eas, quae in rerum natura esse desierunt; simili modo etiam certi condici eas posse ait.

Hier wird also eine condictio certi neben einer actio rerum amotarum in Bezug auf eine Sachleistung zugelassen. Es kann zweifelhaft sein, ob Julian sie bloß dann geben wollte, wenn die Sache bereits untergegangen war. In Bezug auf diesen Fall gestattet aber die Ausdrucksweise keinen Zweifel. Beschränken wir uns also darauf, diesen Fall zu erklären.

[37]) Vgl. über dieselben v. Vangerow, Pandekten, Bd. I, § 47.

[38]) fr. 1, de his qui not. 3, 2.

Was konnte denn jemand, der eine actio rerum amotarum hatte, veranlassen: durch Anstellung einer condictio certi die Gefahren einer Zuvielforderung auf sich zu laden? Allein so gar schlimm war es mit dieser Gefahr hier denn doch nicht. Wenigstens beim gemahnten Schuldner griff man zum Würderungseid, wenn die Sache untergegangen war[39]): quia judex aestimare sine relatione (delatione)[40]) jurisjurandi non potest rem quae non extat. Und bei der actio furti finden wir das jus jurandum in litem ebenfalls angewandt[41]). Warum sollte man sich also der actio rerum amotarum anders gegenüber verhalten haben? Die Größe der Schuld war also schließlich doch auf den Eid des Gläubigers, also auf eine Selbstschätzung gestellt. Und warum sollte man dem Gläubiger diese Selbstschätzung nicht gleich bei Beginn des Rechtsstreites gestatten; zumal doch sofort zur Sprache gekommen sein muß: wie viel er denn eigentlich haben wolle?

Noch unbedenklicher ist die Zulassung der condictio certi generalis neben der condictio furtiva, wo wir sie anderswo von Ulpian erwähnt finden[42]):

set et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur.

Denn wenn wirklich hier der Kläger sich eine Zuvielforderung hatte zu Schulden kommen lassen — er hatte ja immer noch die actio furti, die ihn vor Schaden sicherte[43]). Und so wäre nicht abzusehen: warum der Betreffende hier bloß in dem Falle von der condictio certi generalis sollte Gebrauch gemacht haben, wo die Sache bereits untergegangen, warum nicht auch in dem Falle, wenn die Sache noch vorhanden war? Ulpian spricht ganz allgemein, und so werden wir ihn auch allgemein zu verstehen haben.

Also wenn jemand eine Sache gestohlen war, konnte er den Werth derselben selber abschätzen, und diesen statt der Sache mit der condictio certi generalis einklagen. Vielleicht hatte er in seiner Schätzung zu hoch gegriffen, er hatte z. B. 15 verlangt, während der Geschworne die Sache nur 10 werth hielt, und deshalb verlor er mit der condictio certi generalis. Was machte das aber viel aus, da

---

[39]) fr. 5, § 4, de in lit. jur. 12, 3.

[40]) Vgl. Bd. I, S. 409.

[41]) fr. 9 de in lit. jur. 12, 3.

[42]) fr. 9, § 1, R. C. 12, 1.

[43]) Gaj. IV, 4; fr. 7, § 1, de cond. furt. 13, 1.

er mit der actio furti noch immer auf mindestens 20 klagen konnte?

Man möchte vielleicht meinen: ein Verlust sei allemal vorhanden, denn wenn der Betreffende statt mit der condictio certi generalis mit der condictio furtiva geklagt, so hätte er mindestens 30 erhalten.

Allein ob diese Privatstrafen im spätern Römischen Recht stets bis auf den letzten Heller werden eingefordert sein? „Quum scimus, esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae cum competente moderamine proferuntur.“ Jedenfalls bot die actio furti demjenigen, welcher an derartigem Gewinn keinen Geschmack fand, ein bequemes Mittel, vom Dieb die Einräumung eines certum zu erlangen, über das er mit ihm ohne den Gefahren der Zuvielforderung zu unterliegen, auf dem Wege der condictio certi generalis streiten konnte.

Und daß die actio furti in dieser Weise als Drohmittel benutzt sein wird, dafür scheint mir die Nähe zu sprechen, in welcher dieser Fall der condictio certi neben der aus Legat und Aquilischem Gesetz von Ulpian abgehandelt wird.

In dem gedachten fr. 9, § 1, R. C. heißt es nämlich kurz vorher:

> Competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia.

Betrachten wir uns zunächst die condictio certi generalis ex lege Aquilia.

Auf Grund des Aquilischen Gesetzes gab der Prätor zwei verschiedene Formeln, je nachdem er einen den Schaden einräumenden, oder einen leugnenden Beklagten vor sich hatte.

Die formula confessoria hat Rudorff [44]) neuerdings in Bezug auf das erste Kapitel des Aquilischen Gesetzes so gebildet:

> Judex esto. Quod N^s N^s illum A^i A^i servum injuria se occidisse confessus est, quanti is servus in eo anno plurimi fuit, tantae pecuniae judex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Dagegen die entsprechende Formel adversus infitiantem so:

> Judex esto. Si paret illum A^i A^i servum a N^o N^o injuria occisum esse, quanti is homo in eo anno plurimi fuit, tantae pecuniae judex N^m N^m A^o A^o in duplum condemna, s. n. p. a.

---

[44]) Edict, S. 82.

Die Richtigkeit dieser Formeln muß ich hier dahingestellt sein lassen. Ich bemerke nur soviel: daß auf diesem Gebiete schon sehr verschiedenartige Formeln gebildet sind. Rudorff selber hat hier früher[45]) andere Formeln aufgestellt; und die jüngst von Voigt[46]) gebrachten sind wieder abweichend. Mir konnte es hier nur darauf ankommen, zu veranschaulichen: daß der Prätor hier zwei verschiedene Formeln gab — und diesen Zweck erfüllen obige Rudorff'sche jedenfalls.

Die actio legis Aquiliae gehörte nämlich zu den Fällen, wo der Beklagte, welcher es über das Schuldig oder Nichtschuldig zur Litiscontestation kommen ließ, im Falle des Unterliegens auf das Doppelte verurtheilt wurde[47]). War dagegen der Beklagte geständig, so kam es nur in dem Falle zur Anordnung eines Judicium, wenn Kläger und Beklagter nicht gleichzeitig über eine bestimmte Summe einig werden konnten, welche den Schaden ausglich[48]). Und zwar ging in diesem Falle die Verurtheilung nur auf's Einfache[49]).

Weil aber der Prätor dann die Anordnung eines Judicium gänzlich sparte, wenn bei Einräumung des Schadens die Parteien sich gleich über den zu vergütenden Betrag einigten; so suchte er darauf hinzuarbeiten, daß dieser Betrag gleich vor ihm festgestellt wurde[50]). Hiermit konnte dem Kläger auch nur gedient sein, da er so rascher an's Ziel kam.

Lag nun aber für den Beschädigten nicht der Gedanke nahe: den Beklagten, auch wenn er leugnete, zur Einräumung eines certum zu veranlassen, über das sie streiten konnten? Denn günstigsten Falles wurde für ihn auf diese Weise dieselbe Beschleunigung der Sache erreicht, wie wenn ein Schuldner, der die Beschädigung zugestand, sich sofort zur Zahlung eines bestimmten Betrages bereit erklärte; da ja dann das Liquidationsverfahren vor dem Geschwornen gänzlich wegfiel. Und den Beklagten in dieser Weise mürbe zu machen, dafür bot die

---

45) Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, Bd. 14, S. 381, 382.

46) Das jus naturale, Bd. IV, S. 405.

47) Gaj. III, 216; fr. 2, § 1; fr. 23, § 10, ad leg. Aq. 9, 2; fr. 1, § 4, de his, qui eff. 9, 3; fr. 5, § 2, de serv. corr. 11, 3; § 19, 26, J. de act. 4, 6.

48) fr. 26 ad leg. Aquil. 9, 2.

49) fr. 23, § 10, ad leg. Aq. 9, 2; § 26, J. de act. 4, 6.

50) fr. 6, § 1, de conf. 42, 2. Keller, Civilproceß, § 63, vierte Aufl., Anm. 726.

dem Leugnenden drohende Verurtheilung in's Doppelte eine prächtige Handhabe dar.

Wir haben uns also die Sachlage so zu denken. Entweder räumt der Beklagte die Beschädigung ein: dann sucht der Prätor auf ein certum hinzuarbeiten; und es kommt nur da zur Anordnung eines judicium, wo die Forderungen des Klägers gar zu ausverschämt sind „magni litem aestimat“ [51]). Oder der Beklagte leugnet die Beschädigung: dann wird ebenfalls auf die Einräumung eines certum hingearbeitet, damit der Kläger die condictio certi generalis anstellen kann, ohne den Gefahren der Zuvielforderung zu unterliegen. Diese condictio certi generalis tritt dann an die Stelle der oben angegebenen Formel adversus infitiantem und könnte etwa so gelautet haben:

> Judex esto. Si paret pro illo A^i A^i servo a N^o N^o injuria occiso N^m N^m A^o A^o decem dare oportere, judex N^m N^m A^o A^o in decem condemna, s. n. p. a.

Freilich hielt N. N. den Sclaven, um den es sich handelte, vielleicht nur 7 werth; er hatte aber doch die 10 eingeräumt, weil er ja sonst mit der gewöhnlichen Formel im Falle des Unterliegens in 14 verurtheilt wäre. Ueberhaupt wird ein solcher Beklagter nur da Veranlassung gehabt haben, sich gegen Bewilligung eines certum zu wehren: wo seiner Meinung zufolge der Schaden nicht einmal halb so groß war, als der Kläger ihn abschätzte.

Daß aber bei den Klagen, wo der Beklagte im Falle des Unterliegens ins Doppelte verurtheilt wurde, derartige Verhandlungen vorkamen: verzichte Kläger auf das Doppelte, ich, Beklagter, räume dir auch den und den Vortheil ein — beweist z. B.

fr. 30, pr. de jurej. 12, 2.

> Eum, qui juravit ex ea actione quae infitiando crescit aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere Pedius ait: abunde enim sufficere exonerare petitorem probandi necessitate, cum omissa hac parte edicti dupli actio integra maneat: et potest dici hoc judicio non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actori conservari [52]).

---

[51]) fr. 26, ad leg. Aquil. 9, 2.

[52]) Vgl. zu dieser Stelle Rudorff, Ueber die Litiscrescenz, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 14, S. 472 fgg.

Und in ähnlicher Weise wird anderswo dem Geschwornen die Aufgabe gestellt: den Kläger zu einem Verzichte zu veranlassen[53]).

v. Savigny meint[54]): bei einer Beschädigung, die unter den Gesichtspunkt des Aquilischen Gesetzes falle, könne nur dann und nur so weit von einer condictio die Rede sein, als der Beschädigte durch die verletzende Handlung bereichert sei. Allein von solcher Beschränkung, daß also die condictio certi generalis wegen einer Aquilischen Verschuldung so gut wie gar nicht vorgekommen sei — denn darauf kommt diese Beschränkung schließlich hinaus — sagt Ulpian keine Sylbe.

Voigt[55]) bezieht diese condictio certi ex lege Aquilia auf das zweite Kapitel dieses Gesetzes, und versteht demgemäß darunter eine Klage „wider den adstipulator, welcher in fraudem stipulatoris Acceptilation ertheilte." Habe nämlich die acceptilirte Stipulation auf certa pecunia gelautet, „so war die a. leg. Aquiliae eine certi cond., lautete dagegen jene auf certa res, so war diese cond. triticaria; lautete endlich im späteren Rechte jene Stipulation auf incertum, so gab man incerti cond."

Allein die hier in Betracht kommende Stelle aus Gajus III, 215:

> Capite secundo (in) adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur.

läßt nur auf eine Condemnation mit quanti ea res erit, nicht aber auf eine Condemnation mit certa pecunia, also nicht auf eine condictio certi schließen.

Ferner war das zweite Kapitel des Aquilischen Gesetzes zu Ulpian's Zeiten schon außer Anwendung gekommen[56]). Denn man hat keineswegs nöthig, anzunehmen, daß die betreffende Stelle interpolirt sei, da bereits Gajus[57]) die Klage aus dem 2. Kapitel des betreffenden Gesetzes für vollständig überflüssig hält, „cum actio mandati ad eam rem sufficeret." Eher noch könnte der § 12 J. de lege Aquilia 4, 3, dem Ulpian'schen Ausspruche angepaßt sein.

[53]) fr. 25, § 5; fr. 43, Loc. 19, 2; fr. 7, § 1, Com. 13, 6; fr. 9, § 1, de furtis 47, 2; fr. 36, § 2, H. P. 5, 3; fr. 13, R. V. 6, 1. Vgl. zu diesen Stellen Savigny, System, Bd. V, S. 262, 263. Beispiele anderer Einwirkung auf die Parteien: fr. 3, § 4, R. A. 25, 2; fr. 22, § 2, quod vi aut clam 43, 24.

[54]) System, Bd. V, S. 550.

[55]) Jus naturale, Bd. IV, S. 399 und 404.

[56]) fr. 27, § 4, ad leg. Aq. 9, 2.

[57]) Gaj. III, 216.

Jedenfalls war aber das betreffende zweite Kapitel zu Justinian's Zeiten veraltet. Man müßte demnach die Erwähnung einer condictio certi aus diesem Kapitel in fr. 9, § 1, R. C. für eine Gedankenlosigkeit der Compilatoren halten.

Dagegen spricht aber, daß, wo in den Quellen von lex Aquilia schlechthin die Rede, nirgends an das zweite Kapitel gedacht wird. Ferner die Zusammenstellung mit der condictio certi ex causa furtiva.

Da das Legat neben der lex Aquilia genannt wird, so hat man wohl anzunehmen: daß Ulpian per damnationem hinzufügte. Denn beim Damnationslegat galt in gleicher Weise der Satz: lis infitiando crescit in duplum [58]).

Einen weiteren Anwendungsfall für unsere condictio certi generalis bietet das Depositum in

fr. 13, § 1, Depositi 16, 3. — Paulus.

> Competit etiam condictio depositae rei nomine, sed non antequam id (quid) dolo admissum sit: non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, condictione obligari, verum quod dolum malum admiserit.

Daß wir gerade hier unsere condictio antreffen, ist sehr erklärlich. Denn nicht nur daß den im Wege der actio depositi Verurtheilten Infamie traf [59]), in einzelnen Fällen drohte ihm auch die poena dupli [60]). Daß unsere condictio nur im Falle eines Dolus gegeben wird, ist nichts Besonderes. Denn wenigstens in dem Umfange, wie man diesen Begriff hier später nahm [61]), war das Depositum ohne Dolus gar nicht fällig, mithin vorher keine obligatio praesens vorhanden.

v. Savigny [62]) bemerkt mit Recht: daß unter der condictio

---

[58]) Gaj. II, 282; IV, 9, 171; Paul. R. S. I, 19, § 1; § 7, J. quae quasi ex contr. 3, 27. Arndts, die Lehre von den Vermächtnissen, Bd. I, S. 24, Anm. 54.

[59]) fr. 1 de his qui not. 3, 2; § 2, J. de poen. tem. 4, 16.

[60]) § 17, § 26, J. de act. 4, 6; fr. 1, § 1, Dep. 16, 3. Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 263, Anm. 9; Rudorff, Ueber die Litiscrescenz in der Zeitschrift für gesch. Rw., Bd. 14, S. 457—463.

[61]) Vgl. Bd. I, S. 485.

[62]) System, Bd. V, S. 518, 519.

in unserer Stelle keine condictio furtiva verstanden werden könne. Andererseits faßt derselbe aber den Begriff dolus hier viel zu enge: indem er ihn von der Voraussetzung abhängig macht, daß der Depositar sich bereichert habe. Vgl. dagegen Brinz, Pandekten, Bd. I, S. 384.

Aber auch neben der condictio ex mutuo wird unsere condictio certi generalis keineswegs bedeutungslos gewesen sein: worauf sich namentlich fr. 9, § 4—7 R. C., beziehen, und worauf ich noch zurückkommen werde [63].

Jetzt wäre folgende Aeußerung Ulpian's zu erörtern [64]:

> sed et si ex senatus consulto agetur, competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est agere volet. Sive autem suo nomine quis obligatus sit sive alieno, per hanc actionem recte convenitur.

Unter dem Senatusconsultum ist das Trebellianum zu verstehen, in Folge dessen die Klagen, welche für und gegen den Erben zulässig waren, als utiles für und gegen den Fideicommissar gegeben wurden, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit [65].

Hätte also z. B. der Erbe Publius Maevius und der Fideicommissar Lucius Titius geheißen, und hätte es sich um eine condictio furtiva gegen den N. N. gehandelt, so würde die Formel auf Grund des S. C. Trebellianum so zu fassen gewesen sein [66]:

> Si paret N^m N^m Publio Maevio mensam argenteam dare oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N^m N^m Lucio Titio condemna s. n. p. a.

Und hätte dem A. A. eine condictio furtiva gegen den Publius Maevius zugestanden, so würde die Formel auf Grund des S. C. Trebellianum so gelautet haben:

> Si paret Publium Maevium A° A° mensam argenteam dare oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Lucium Titium A° A° condemna s. n. p. a.

Nun soll in Gemäßheit unserer Stelle aus dem S. C. Trebellianum auch mit der condictio certi generalis geklagt werden

---

63) Vgl. unten § 94.
64) fr. 9, § 1, § 2, R. C. 12, 1.
65) Gaj. II, 253; § 4, J. de fid. her. 2, 23; Paul. R. S. IV, 2; Ulp. XXV, 14.
66) Gaj. IV, 86.

können. Hätte man sich diese Klage ebenfalls als utilis zu denken, so würde die Bemerkung des Ulpian eine ziemlich müßige gewesen sein. Wir werden daher anzunehmen haben: daß der Fideicommissar mit unserer condictio certi direct klagen konnte. Dies um so mehr: als nach Ulpian jeder, der alieno nomine belangt, also auch der Fideicommissar als Beklagter, geradezu angegangen wurde, recte conventitur.

Demnach erhalten wir für obige beiden Formeln als condictio certi generalis folgende:

> Si paret N^m^ N^m^ Lucio Titio decem dare oportere, judex N^m^ N^m^ Lucio Titio decem condemna s. n. p. a.

und:

> Si paret Lucium Titium A° A° decem dare oportere, judex Lucium Titium A° A° decem condemna s. n. p. a.

Ich wende mich jetzt wieder zurück zur Betrachtung der Einzelbeispiele, welche unsere Quellen uns bisher für die condictio certi generalis geboten haben. Dieselben legen den Gedanken nahe, der sich ohnehin schon nicht abweisen läßt: daß der Gläubiger nur da sich der condictio certi generalis statt einer andern Klage, bei der er in dieser Beziehung sicher ging, bedient haben wird, wo er sich der Gefahr der Zuvielforderung nicht aussetzte. Und wenn wir diesen Gesichtspunkt nur festhalten, lassen sich die quellenmäßigen Beispiele leicht noch mehren.

So sagt z. B. Pomponius [67]):

> Stipulatio hujusmodi „in annos singulos" una est et incerta,

in welcher Beziehung bereits Hasse [68]) ganz richtig bemerkt:

> „Wie aus einem contractus incertus der letzteren Art eine certi condictio erwachsen kann, ist sogleich klar. An jedem Jahrestage wird nehmlich ein Bestimmtes geschuldet, und das einzelne Bestimmte wird mit der certi condictio eingeklagt."

Es ist klar: daß sich in Fällen dieser Art leicht die condictio certi einfinden konnte, und daß deren Gebrauch hier für den Gläubiger keine Gefahr darbot. Gleichwohl wird es zu Ulpian's Zeiten noch sehr viele Fälle gegeben haben: wo die Gläubiger durch die

---

[67]) fr. 16, § 1, V. O. 45, 1.

[68]) Ueber das Wesen der actio, Rheinisches Museum, Bd. 6 (2), S. 75.

Gefahr der Zuvielforderung davon abgehalten wurden, sich dieser Klage zu bedienen. Daher ist es mir bedenklich: ob Ulpian schon so allgemein geschrieben hat, wie die Justinian'schen Compilatoren ihn in fr. 9 pr. und fr. 9 § 3, R. C. schreiben lassen. Die betreffenden Stellen lauten so:

> Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio: ceterum si in diem sit vel sub condicione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere.
>
> § 3. Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive conjunctim referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat.

Daß nämlich die Justinian'schen Compilatoren bei diesen Stellen ihre Hand im Spiele gehabt haben: geht aus dem Zusammenhang hervor. Mindestens muß im Principium ex omni obligatione interpolirt sein. Denn diese Ausdrucksweise paßt gar nicht in den Zusammenhang, da sonst immer nur von contractus die Rede ist, der doch nur einzelne Arten von Obligationen, nicht die Gesammtheit derselben umfaßte. Wenn ferner Ulpian bereits ex omni obligatione geschrieben hätte, so sieht man nicht ein: weshalb er im § 1 besonders das Legat, die lex Aquilia und condictio furtiva hervorhebt. Dann paßt auch in § 3 „ex omnibus contractibus" gar nicht zum übrigen Inhalt dieses Paragraphen: da hier nur von Real- und Verbal-, aber gar nicht von Consensual-Contracten die Rede ist. Endlich weiß man gar nicht: worauf man im § 3 das eorum vor sufficiat beziehen soll[69]). Es muß hier, wenn die Handschriften den Text überall richtig haben sollten, entweder etwas gestrichen sein; oder die Compilatoren haben sich bei Hinzufügung des eorum eine Unachtsamkeit zu Schulden kommen lassen.

Mit diesem fr. 9 pr. und fr. 9 § 3 R. C., wird es sich ähnlich verhalten, wie mit dem Ulpian in fr. 1, Leg. I, in den Mund gelegten

---

[69]) An diesem eorum nimmt auch Bekker, Actionen, Bd. I, S. 138, Anstoß.

Satze: per omnia exaequata sunt legata fideicommissis [70]). Voll so allgemein wird Ulpian an beiden Stellen noch nicht geschrieben haben: er wird erst auf dem Wege zu dem Ziele gewesen sein, das die Compilatoren ihn bereits erreichen ließen.

Von weit reichendem Einfluß auf unsere condictio certi generalis müssen nämlich die Bestimmungen gewesen sein, die Kaiser Zeno (474—491) und Justinian hinsichtlich der Zuvielforderung trafen, wodurch deren Nachtheile wesentlich gemildert wurden. Ist nämlich sachlich zu viel gefordert, so soll der Richter auf den erwiesenen Betrag erkennen. Den Kläger soll nur der Nachtheil treffen, daß er mit einer ex lege condicticia vom Beklagten angehalten werden kann: ihm den dreifachen Schaden, d. h. den dreifachen Betrag der von ihm zu viel bezahlten Sporteln, zu erstatten [71]).

Die Sporteln richteten sich nämlich *πρὸς τὴν ποσότητα τὴν ἐν τῷ βιβλίῳ τῶν αἰτιάσεων ἐμφερομένην* [72]), d. h. nach dem in die Klageschrift eingetragenen Betrage, und stiegen mit der Größe des Klageanspruches in einer verhältnismäßigen Progression. Dadurch waren die Nachtheile der Zuvielforderung in der That auf ein sehr geringes Maß zurückgeführt; jetzt mochte es sich der Mühe wohl einmal verlohnen, eine Zuvielforderung zu versuchen, da so wenig dabei auf dem Spiele stand. So führt z. B. Theophilus a. a. O. ein Beispiel an, wo jemand 1000 Solidi statt 100 gefordert hatte, und wo in Folge dessen eine condictio ex lege im Betrage von 18 Solidi gegen ihn gegeben wird. Dies Beispiel kann jedenfalls dazu dienen: uns ein ungefähres Bild von der Geringfügigkeit des betreffenden Nachtheils zu gewähren. Denn da im fraglichen Falle 900 zu viel gefordert worden, und der Nachtheil 18 beträgt, so sind das zwei Procent der zu viel geforderten Summe.

Ferner wolle man beachten: daß die Sporteln sich nach der Größe des Betrags richteten, wie der Kläger ihn in der Klageschrift angab. Nun ist ein solcher Betrag jedenfalls dann vorhanden, wenn es sich um Geldschulden handelt. Daß es aber auch Klagen gab, die

---

[70]) Vgl. Kuntze, Institutionen, § 920, S. 727.

[71]) Vgl. Bethmann-Hollweg, Civilproceß, Bd. III, S. 246; c. 2, C. de plus pet. 3, 10, restituirt aus Bas. VII, 6, 22; § 24, § 33 J. de act. 4, 6.

[72]) Theophilus zu § 24, J. de act. 4, 6. Bethmann-Hollweg, Civilproceß, Bd. III, S. 201.

bei Nichtgeldleistungen eine Schätzungssumme enthielten, dafür legen in § 24, J. de act. 4, 6, die Worte Zeugnis ab:

> cum quidam majorem verae aestimationis quantitatem in libello conventionis inseruit.

wobei kaum an etwas anderes als unsere condictio certi generalis gedacht sein kann.

Und bedenken wir nur: daß die Höhe der Sporteln mit der Höhe des Streitgegenstandes wechselte — so leuchtet ein: daß einem Richter zu Justinian's Zeiten sehr damit gedient sein mußte, wenn der Kläger sich der condictio certi generalis statt einer incerten Klage bediente. Denn von einer incerten Klage hatte der Richter mehr Arbeit, weil er hier zuvor festzustellen hatte: nach welcher Scala die Sporteln zu berechnen seien.

Auch verräth die Gesetzgebung, welche die Nachtheile der Zuvielforderung milderte, trotz der verstümmelten Gestalt, in der sie uns überliefert worden ist: daß sie drauf aus war, dem Gläubiger die condictio certi generalis möglichst mundgerecht zu machen. Dies ersehen wir nämlich aus folgender Bestimmung[73]:

Εἰ δέ τις εἰς ἔλαττον τῆς ἀλεθείας διετιμήσατο τὴν ἑαυτοῦ δίκην, μὴ προσεχέτω τούτῳ ὁ δικάζων, ἀλλὰ πρὸς τὴν ἀληθῆ ποσότητα τὴν ψῆφον ἐκφερέτω.	Wenn aber jemand seinen eignen Gegenstand geringer, als er in Wirklichkeit werth war, geschätzt hatte; so soll der Richter hierauf keine Rücksicht nehmen, sondern in den wahren Werth verurtheilen.

Denn beim Ausdruck *διετιμήσατο* muß man doch unwillkürlich an unsere condictio certi generalis denken. Es soll dem Gläubiger nicht zum Nachtheile gereichen, wenn er den Streitgegenstand zu gering abgeschätzt hat. Der Richter soll gleichwohl in demselben Processe in mehr verurtheilen können, als ursprünglich gefordert war. Folglich muß der Gläubiger mit nachträglichen Forderungen gehört werden. Folglich steht sich der Gläubiger in dieser Beziehung bei der condictio certi generalis gerade so gut, wie wenn er incert geklagt hätte.

Ist diesem allem zufolge ein gewisser Zusammenhang zwischen unserer condictio certi generalis und der spätern Gesetzgebung,

---

[73]) c. 1, § 3, de plus pet. 3, 10, restituirt aus Bas. VII, 6, 21; vgl. ferner § 34, J. de act. 4, 6.

welche die alten Nachtheile der Zuvielforderung milderte, nicht zu verkennen; so wäre gar so undenkbar nicht: daß die Statthaftigkeit dieser Condiction bei allen Obligationen erst durch diese Gesetzgebung eingeführt, und daß hierauf hin ex omni obligatione in fr. 9 pr. R. C. 12, 1 interpolirt wäre.

Jedenfalls war es zu Justinian's Zeiten eine ganz geläufige Vorstellung: daß jede beliebige Nichtgeldleistung in Geld abgeschätzt werden konnte. In dieser Beziehung verweise ich noch auf seine Aeußerung in c. 2 § 1 de const. pec. 4, 18:

> Sed et possibile est, omnes res in pecuniam converti. Si enim certa domus, vel certus ager, vel certus homo, vel alia res, quae expressa est, in constituendis rebus ponatur, quid distat a nomine ipsius pecuniae?

Auf welche Vorstellung die Sitte der Römer keineswegs ohne Einfluß gewesen sein wird, welche eine Nichtgeldleistung gerne bei Eingehung eines Vertrags gleich in Geld abschätzten, um ungünstigen Falles eines Liquidationsverfahrens überhoben zu sein [74]).

Und weil jeder Gläubiger, dem eine Nichtgeldleistung geschuldet wurde, berechtigt war, dieselbe in Geld abzuschätzen, und dieses Geld mit der condictio certi generalis einzuklagen; so war auf diese Weise das Gleichgewicht zwischen Gläubiger und Schuldner wiederhergestellt. Denn da das Urtheil bei Nichtgeldleistungen noch nach Justinian'schem Recht regelmäßig auf Geld gerichtet werden mußte, so konnte der Schuldner regelmäßig zur Nichtgeldleistung nicht angehalten werden. Andererseits hatte aber der Schuldner die Befugnis, die Nichtgeldleistung anzubieten. Daß er indes von dieser Befugnis keinen unzeitgemäßen Gebrauch mache, und die Nichtgeldleistung zu einer Zeit anbot, wo sie dem Gläubiger das nicht mehr war, was sie ursprünglich hatte sein sollen: konnte der Gläubiger wieder durch Anstellung der condictio certi generalis verhindern; nach deren Anstellung derselbe sicherlich befugt gewesen sein wird, das Angebot einer Nichtgeldleistung abzulehnen.

Die Entwicklung, welche die Begriffe certum und incertum durchgemacht haben, ist demnach diese gewesen.

Anfangs umfaßte das certum ein weites Gebiet, auf dem die plus petitio mit unerbittlicher Strenge herrschte.

---

[74]) fr. 11, de stip. praet. 46, 5; § 7, J. de V. O. 3, 15.

Gerade wegen ihrer großen Strenge wurde aber die plus petitio zu einer treibenden Kraft für das Römische Obligationenrecht. Es sonderte sich das incertum ab, das sich da einstellte, wo der Gläubiger über die Größe seines Anspruchs nicht recht im klaren war.

Dies war der ursprüngliche Gegensatz von incertum und certum. Später fand man indes: daß das incertum ein dehnbarer Begriff sei, daß sich dem ursprünglichen x ein y anhängen könne.

Und nicht genug, daß das incertum dem certum Gebiet ganz und gar abgenommen hatte — auch auf dem Gebiete des certum verschaffte sich der Grundsatz Geltung: daß der Geschworne sich nicht nothwendig auf den von Haus aus gegebenen Betrag zu beschränken brauche.

Andererseits konnte man sich aber der Wahrnehmung nicht verschließen: daß das incertum, wie man es im ersten Anlauf gebildet hatte, doch ein gar zu unbestimmter Begriff sei. Man sann deshalb darüber nach: dem incertum wieder certe Zügel anzulegen. In dieser Weise entstand auch die condictio certi generalis, die sich, so lange die alten Nachtheile der plus petitio von Bestand blieben, in gewissen Schranken hielt; dann aber, als die plus petitio nur noch geringfügige Nachtheile zur Folge hatte, sich über das ganze Obligationenrecht ausdehnte, und sich allen Obligationen als Nebenklage zugesellte.

§ 94.

Constitutio unica Codicis de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur. — Fortsetzung.

So gelange ich denn für die condictio certi generalis zu einer Auffassung, die v. Savigny [1]) in die Worte faßt:

„nach welcher es stets in der Willkühr eines Gläubigers gestanden haben soll, Forderungen irgend einer Art in ein certum zu verwandeln, und mit einer certi condictio zu verfolgen, wenn er es nur darauf wagen wollte, ob die richterliche Schätzung geringer ausfallen würde, als die von ihm ausgesprochene Summe, in welchem Fall er freilich, als plus petens, sein ganzes Recht verlieren mußte. So hätte also z. B. Jeder, welchem in einer Stipulation Arbeit versprochen war, auf eine Geldsumme von 100 condiciren können,

---

[1]) System, Bd. V, S. 582.

> und er hätte den Proceß gewonnen, wenn der Richter jene Arbeit zu 100 oder noch höher taxirte."

jedoch mit der Maßnahme: daß diese condictio certi generalis in vollem Umfange erst zur Geltung gelangt sein wird, als die alten strengen Nachtheile der plus petitio durch geringfügige ersetzt waren.

Freilich führt v. Savigny diese Ansicht nicht an, um sie für die richtige auszugeben, sondern um sie als eine Art Ungeheuerlichkeit hinzustellen. Denn, meint v. Savigny: eine so regellose Willkür in dem Gebrauch der verschiedenen Formeln sei ganz gegen den Sinn des ältern Rechts gewesen, indem die Formeln gerade dazu dienen sollten, jedes Rechtsverhältnis in seinen individuellen Grenzen festzuhalten.

Allein das heißt, das Römische Recht denn doch mit etwas gar zu modernen Augen betrachten. Man bedenke doch nur: wie mannigfaltige Rechtsverhältnisse in alter wie neuer Zeit durch die Formeln „si paret certam rem und certam pecuniam dare oportere" umfaßt wurden. Und eine gewisse Feindseligkeit gegen den hergebrachten Formalismus läßt sich der condictio certi generalis allerdings nicht absprechen. Dieser Umstand fällt indes für die Savigny'sche Auffassung um so weniger in's Gewicht, als es sich hier in der That um einen Formalismus handelt, der im Laufe der Zeit verschwunden ist; und zu deren Untergang die condictio certi generalis auch ihr Theil beigetragen haben wird.

Für ganz entscheidend gegen jene Meinung hält v. Savigny ferner den Umstand [2]):

> „daß in dem angeführten Fall die Intentio auf Centum dare oportere deswegen verworfen werden muß, weil eine Geldschuld gegenwärtig gar nicht vorhanden ist, sondern erst künftig durch das richterliche Urtheil entstehen kann. Es würde also hier aliud pro alio eingeklagt seyn, Welches stets die Folge hatte, daß die angestellte Klage abgewiesen wurde, eine neue aber, auf den wahren Gegenstand der Schuld, möglich blieb, indem in jenem Misgriff kein plus petere enthalten war."

Offenbar kommt in dieser Beziehung alles darauf an: nicht, was man heutzutage, sondern was die Römer unter aliud pro alio verstanden haben. Es handelt sich also um die Frage: erblickten die

---

[2]) a. a. O. S. 582, 583.

Römer darin ein petere, intendere aliud pro alio, wenn mittelst condictio certi generalis eine Nichtgeldleistung geltend gemacht wurde? v. Savigny beruft sich auf Gaj. IV, 55, wo vom intendere aliud pro alio die Rede ist, und als Beispiele aufgeführt werden:

> si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento dare sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur; aut si cognitor, aut procurator intenderit, sibi dare oportere.

Es ist also sehr bezeichnend: daß Gajus gerade das Beispiel, worauf es hier allein ankommt — das Fordern von Geld statt einer Nichtgeldleistung — nicht hat. Dasselbe gilt von der entsprechenden Stelle in Justinian's Institutionen [3]) und bei Theophilus [4]). von Savigny ist mithin den Beweis: daß die Geltendmachung einer Nichtgeldleistung mittelst condictio certi generalis ein petere aliud pro alio sei — vollständig schuldig geblieben.

Sehen wir uns jetzt noch einmal die Sachleistung an, so werden wir uns davon überzeugen: daß sich dieselbe nach Römischem Rechte in ganz entgegengesetzter Weise entwickelt hat, als man bisher annahm. Bisher glaubte man: im spätern Römischen Rechte sei Urtheil und Execution auf die Sache selber gegangen [5]). Das ist heutiges, nicht Römisches Recht. Noch nach Justinian'schem Rechte ging bei Obligationen auf Sachleistungen die Verurtheilung regelmäßig auf Geld [6]). Es stand also in der Macht des Schuldners: dem Gläubiger statt der Sache Geld aufzunöthigen. Dem entsprechend sollte nach späterm Recht auch der Gläubiger die Wahl haben: ob er statt der Sache nicht lieber mittelst der condictio certi generalis eine Geldleistung einklagen wollte.

In beiderlei Hinsicht unterscheidet sich das heutige Recht wesentlich vom Justinian'schen. Heutzutage geht bei Obligationen auf Sachleistungen Urtheil wie Execution auf die Sache selber. Andererseits gibt es heutzutage keine condictio certi generalis. Es steht mithin nicht in der Macht des Gläubigers: statt einer Sachleistung eine Geldleistung einzuklagen.

Das heutige Recht müssen wir also ganz bei Seite setzen, wenn

---

3) § 35 J. de act. 4, 6.
4) Paraphrase zu § 35 J. de act.
5) Siehe oben § 91, S. 341 fgg.
6) Vgl. oben § 91, S. 453 fgg.

wir uns mit der condictio certi generalis zurecht finden wollen. Dann ist dies aber auch gar so schwierig nicht.

Es soll diese condictio nach fr. 9 pr. R. C. zustehen ex omni obligatione: die sachenrechtlichen Ansprüche sind mithin gänzlich ausgeschlossen. Vorzugsweise findet diese Condiction auch aus allen Contracten statt: einerlei ob es sich um einen certen oder incerten Contract handelt. Es ist indes diese Klage nicht nothwendig gegeben; der Gläubiger ist nur befugt, sie anzustellen: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere. Und dieser Ausdrucksweise entspricht vorher in unserer Stelle „ex qua certum petitur". Es steht nicht etwa da: ex qua certum debetur.

Der Botaniker spricht von Schmarotzerpflanzen, die sich auf den Wurzeln oder Stengeln anderer ansiedeln, und, ohne selbstständige Wurzeln zu haben, vom Safte anderer Gewächse leben.

Einer solchen Schmarotzerpflanze ist unsere condictio certi generalis vergleichbar. Sie ist eine Nebenklage, die sich überall einfindet, wo nur eine klagbare Obligation vorhanden ist. Sie denkt so wenig daran, das bestehende Obligationensystem, insonderheit auch nicht das Specialcondictionensystem umzugestalten: daß sie im Gegentheil ohne eine Obligation alten Schlags gar nicht möglich ist.

Wenn aber auch Nebenklage, so ist damit andererseits doch nicht ausgeschlossen: daß diese condictio certi generalis nicht auch an andere Voraussetzungen gebunden sein könne, als andere Klagen, welche die zu Grunde liegende Obligation erzeugt; daß diese condictio certi generalis nicht auch ihre eignen Voraussetzungen habe.

In dieser Beziehung wird ausdrücklich hervorgehoben: daß diese Nebenklage erst dann statthaft sei, wenn die mittelst derselben geltend zu machende Obligation bereits fällig sei, dummodo praesens sit obligatio.

Aus diesem Grunde würde man sie bei Leistungen von längerer Dauer, z. B. dem Bau eines Hauses, nicht sofort auf's Ganze zulassen können; sondern dies erst dann: wenn die zum Bau des Hauses erforderliche Zeit ganz abgelaufen war. Welche Entwicklung in dieser Beziehung die condictio incerti durchgemacht hat, und wie Ulpian aller Wahrscheinlichkeit nach diese Klage hier bereits bei theilweiser Fälligkeit auf's ganze Interesse gegeben habe: davon ist bereits früher gehandelt worden [7].

[7]) Vgl. oben § 88, S. 394.

Auch die incerten Klagen aus gutgläubigen Obligationen haben sich in der Weise entwickelt: daß man sie später vor der Fälligkeit der Obligation bereits zuließ [8]) — und unterscheiden sich demnach in dieser Beziehung ebenfalls von unserer condictio certi generalis.

Weiter ist hier daran zu erinnern: daß die condictio certi generalis keine Infamie nach sich zog, wenn dies auch bei andern Klagen, die aus demselben Schuldverhältnisse zustanden, der Fall gewesen wäre [9]).

Ebenso wird die condictio certi generalis keine condemnatio in duplum zur Folge gehabt haben, wenn dies auch bei andern Klagen, die aus demselben Schuldverhältnisse zustanden, der Fall gewesen wäre [10]).

In ähnlicher Weise wird bei dieser condictio certi generalis die sponsio und restipulatio tertiae partis, welche wir bei der condictio certae pecuniae creditae antreffen [11]), weggefallen sein [12]). Und zwar wird sich diese Entwicklung bereits zur Zeit des Gajus vollzogen haben. Denn wenn es bei Gaj. IV, 171 heißt:

> ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita,

so ist damit ja ausgesprochen: daß der Gläubiger die Wahl hatte, ob er mit oder ohne Sponsion klagen wolle [13]). Klagte er aber ohne Sponsion, so haben wir ja unsere condictio certi generalis. Daß von Haus aus dem Gläubiger eine derartige Wahlbefugnis nicht zustand; vielmehr die condictio de pecunia certa credita stets durch Sponsio vermittelt werden mußte: daran ist wohl nicht zu zweifeln [14]).

Ueberhaupt verräth, wie bereits hervorgehoben, unsere condictio certi generalis eine gewisse Feindseligkeit gegen den hergebrachten Formalismus, was sich auch daran zeigt: daß sie sich neben Klagen, die für oder gegen jemand als utiles gegeben wurden, als directe Klage einstellte [15]).

So kennt denn auch die condictio certi generalis, anlangend

---

[8]) Vgl. Bd. I, S. 349 fgg.

[9]) fr. 36 O. et A. 44, 7.

[10]) Vgl. oben § 93, S. 507 fgg.

[11]) Gaj. IV, 13, 171.

[12]) Vgl. Ubbelohde (Hartmann), Ueber den Satz ipso jure compensatur, S. 192.

[13]) Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. I, S. 58.

[14]) Keller, Civilproceß, § 18.

[15]) fr. 9 § 1, 2 R. C. 12, 1.

den Gegenstand der Obligation, gar keine Schranken, da das Gesetz in dieser Beziehung nicht unterscheidet. Es ist also ganz einerlei: ob Gegenstand der Obligation eine Sache, ein facere oder Geld sei. So ist sie z. B. auch neben einer condictio auf res certa durchaus zulässig.

Endlich mag noch darauf aufmerksam gemacht werden: daß im spätern Recht nach dem Wegfall der sponsio und restipulatio tertiae partis jeglicher Unterschied zwischen condictio certi generalis und condictio certae pecuniae creditae aufgehört, in diesem Falle also die Nebenklage den Platz der Hauptklage eingenommen haben wird.

Die hier von mir auf Grund des Justinian'schen Gesetzbuches entwickelte Ansicht über die condictio certi generalis erhält eine nicht geringe Stütze durch Stephanus, jüngeren Zeitgenossen von Justinian und Professor zu Constantinopel [16]), der einen Digesten-Commentar schrieb, von dem uns noch verschiedene Bruchstücke als Basiliken-scholien erhalten sind.

Dem fr. 9 R. C. entsprechen nämlich Bas. XXIII, 1, 9, die hier eine Reihe Scholien haben [17]), darunter auch verschiedene des Stephanus, von denen ich die drei wichtigeren hierher setzen will.

καὶ ἀδήλου συναλλάγματος] *Στεφάνου.*

Ὡς ἔνθα τις ἐπηρώτησεν· ὁμολογεῖς διδόναι μοι τὰ ἐν κιβωτῷ; δυνατὸν δέ ἐστιν εἰπεῖν, ὅτι καὶ ἐπὶ τῶν ἰν φακιένδο ἐπερωτήσεων δύναταί τις τὴν τοῦ διαφέροντος ποσότητα καθ' ἑαυτὸν διατιμησάμενος κέρτως κινεῖν. βλέπε γὰρ, πῶς ἀδιαστίκτως ὁ νόμος ἐπιφέρει λέγων, ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος ἔξεστιν ἡμῖν κέρτως κινεῖν. Θεόφιλος μέντοι ὁ μακαρίτης φησίν, μήτε ἀντὶ τῆς ἰν φακιένδο ἐπερωτήσεως, μήτε ἀντὶ τῆς ἐξ ἔμπτο, ἣν ὁ ἀγοραστὴς δύνα-

Wie wenn jemand fragte: versprichst du mir das in der Kiste Befindliche zu geben? Man kann aber sagen: daß auch bei den Stipulationen in faciendo jemand den Betrag des Interesse selber abschätzt und dann certe einklagen kann. Denn beachte, wie, ohne zu unterscheiden, das Gesetz sagt: aus jedem Contracte ist uns erlaubt, certe zu klagen. Der selige Theophilus behauptet jedoch: weder aus einer Stipulation in faciendo, noch statt einer Klage ex empto, welche der Käufer anstellen kann, werde mit der condictio geklagt,

---

[16]) Vgl. über denseben Heimbach, Basiliken, Bd. VI, Prolegomena, S 13—15.

[17]) Heimbach, Basiliken, Bd. II, S. 594 fgg.

ται κινεῖν, κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον, καθὸ ἡ μὲν ἰν φακιένδο ἐπερώτησις κατὰ φύσιν ἰνκέρτα ἐστί. τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν κατὰ φύσιν ἴνκερτα εἶναί φησι, ὡς τὰς ἰν φακιένδο ἐπερωτήσεις· τὰ δὲ διὰ τὴν[18]) συναλλασσόντων ἄγνοιαν, ὡς ἔνθα τις ἐπερωτᾶ τὰ ἐν τῇ κιβωτῷ· καὶ ἐπὶ μὲν τῶν κατὰ φύσιν ἰγκέρτων οὔ φησι κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον· ἐπὶ δὲ τῶν ὅσα μὴ κατὰ φύσιν, ἀλλὰ διὰ τὴν ἄγνοιαν τῶν συναλλασσόντων ἐστὶν ἴγκερτα, κινεῖσθαί φησι τὸν κονδικτίκιον· — —[19]) οὔτε γὰρ ἀνάγκη τὸν πράτην δεσπότην ποιεῖν τὸν ἀγοραστήν, ἀλλὰ μόνον αὐτῷ τραδιτεύειν ἀναγκάζεται τὸ πεπραμένον, καὶ ἐπερωτᾶσθαι τὴν περὶ ἐκνικήσεως δούπλαν· ταῦτα μὲν οὖν, ὡς εἶπον, Θεόφιλος ὁ μακαρίτης. δῆλον δέ, ὅτι ὁ φάκτον ἐπερωτήσας οὐ δύναται διὰ τοῦ κονδικτίου αὐτὸ ἰδικῶς τὸ φάκτον ἀπαιτεῖν. οὔτε γὰρ ὁ ἀγοραστὴς αὐτὸ τὸ πρᾶγμα, ἤτοι τὸ διαφέρον διὰ τοῦ κονδικτικίου τὸν πράτην ἀπαιτεῖ. ἑκάτερον μέντοι αὐτῶν διατιμησάμενος καλῶς τὸν κέρτον κινεῖ κον-

da ja die Stipulation in faciendo ihrer Natur nach incert ist. Denn von den Contracten, sagt er, sind die einen ihrer Natur nach incert, wie die Stipulationen in faciendo; andere wegen Unkenntnis der Contrahenten, wie wenn jemand sich das in der Kiste Befindliche versprechen läßt. Und bei denen, welche ihrer Natur nach incert seien, meint er, könne nicht mit der condictio geklagt werden; bei denen aber, welche nicht wegen ihrer Natur, sondern wegen Unkenntnis der Contrahenten incert seien, könne mit der condictio geklagt werden. — — Denn der Verkäufer hat nicht nöthig, den Käufer zum Eigenthümer zu machen, sondern muß ihm nur das Verkaufte tradiren und wegen Entwehrung das Doppelte versprechen. Dies, wie gesagt, die Ansicht des seligen Theophilus. Es ist aber klar, daß derjenige, welcher sich ein factum hat versprechen lassen, nicht mit der Condiction das factum selber als solches fordern kann. Denn der Käufer kann nicht die Sache selbst, oder das Interesse mit der condictio vom Verkäufer fordern. Wenn er aber jedes von beiden abgeschätzt hat, stellt er ganz wohl die condictio certi an. Denn

---

18) Hier schiebt Heimbach τῶν ein.

19) Hier ist folgender unverständlicher Satz weggelassen: ἐπειδὴ ὁ ἀγοραστὴς καλῶς λέγει, σὶ πάρετ δάρε.

δικτίκιον. γενικῶς γὰρ καὶ ἀδιαστίκτως φησὶν ὁ Οὐλπιανός, ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος κέρτου τε καὶ ἰγκέρτου δύνασθαι ἡμᾶς τὸν κονδικτίκιον κέρτον κινεῖν. ἑτέρῳ δὲ λόγῳ τὸν τῆς πλοὺς πετιτίονος κίνδυνον ἑαυτῷ παρατίθησιν ὅτι[20]) τὸ φάκτον ἐπερωτήσας, καὶ ὁ ἀγοραστής.

allgemein und ohne zu unterscheiden sagt Ulpian: aus jedem Contracte, sei es nun certen oder incerten, könnten wir die condictio certi anstellen. Uebrigens ladet sich die Gefahr der plus petitio auf, wer sich das factum hat versprechen lassen, so wie der Käufer.

καὶ ζημίας, καὶ κλοπῆς] Στεφάνου.

Δῆλον δέ, ὅτι ἐν ᾧ διατιμησάμενος καθ' ἑαυτὸν τὴν γενομένην ζημίαν ὁ βλαβεὶς καὶ κέρτως κινεῖ.

Es ist aber klar: daß soweit der Beschädigte den zugefügten Schaden bei sich selber geschätzt hat, er auch certe klagt.

Στεφάνου.

Εἴτε ἀργύριά εἰσι τὰ κλαπέντα, κινεῖται ἀμάχως ἐπὶ κέρτης ποσότητος ὁ παρὼν κονδικτίκιος, εἴτε πρᾶγμα εἴη ἕτερον τὸ κλαπέν, δύναται διατιμώμενος αὐτὸ καθ' ἑαυτὸν ὁ κλαπεὶς κέρτως τὸν παρόντα κινεῖν κονδικτίκιον ἢ τὸν τριτικάριον, ὡς ἀνωτέρω σοι παραδέδωκεν. οὐ μόνον οὖν διὰ τοῦ φουρτίβου κονδικτικίου τὰ κλαπέντα δύναμαι μεθοδεύεσθαι, ἀλλὰ διὰ τοῦ παρόντος κονδικτικίου.

Seien es nun Geldstücke, die gestohlen, so kann unbestritten auf den certen Betrag mit der gegenwärtigen condictio geklagt werden; oder sei das Gestohlene eine andere Sache, so kann der Bestohlene sie selber schätzen und mit der gegenwärtigen condictio certe klagen, oder mit der triticaria, wie eben auseinandergesetzt. Also nicht bloß mit der condictio furtiva kann ich das Gestohlene verfolgen, sondern auch mit der gegenwärtigen Condiction.

Der Schluß dieses Scholion: κέρτου δηλονότι κινοῦντος τοῦ ἀργυρίου — ist sinnlos. Fabrot vermuthet ὄντος statt κινοῦντος. Eine solche Aenderung ist aber durchaus unzuläßig, da Stephanus dann mit sich selber in Widerspruch gerathen würde.

Die vorstehenden Scholien werden hinreichen, um uns die Ueberzeugung zu verschaffen: daß die Ansicht, welche v. Savigny als

---

[20]) Statt ὅτι vermuthet Fabrot ὅτε.

eine Art Ungeheuerlichkeit bekämpft, genau die des Stephanus ist. Nun war aber Stephanus ein bei seinen Zeitgenossen wie Spätern sehr angesehener Rechtslehrer. Es heißt in dieser Beziehung bei Heimbach[21]):

„Magna Stephani laus tam apud aequales, quam apud posteros fuit. Nam ab aequalibus vel paulo junioribus Jureconsultis jungitur Ulpiano; apud posteros appellatur *σοφώτατος τῷ ὄντι, ἡ τῶν νόμων γλῶσσα, μέγιστος καὶ διασημότητος διδάσκαλος καὶ νομοθέτης, περιβόητος τῆς οἰκουμένης διδάσκαλος.*“

Daß ein solcher Rechtsgelehrter die Zulässigkeit einer allgemeinen condictio certi sollte behauptet haben, wenn eine derartige Klage nach den damaligen Proceßeinrichtungen eine Absurdität gewesen wäre: ist geradezu undenkbar. Stephanus muß mit dem Proceßrechte des sechsten Jahrhunderts besser Bescheid gewußt haben, als von Savigny.

So wird denn zunächst durch obige Scholien zweifellos bewiesen: daß es nach Justinian'schem Rechte eine allgemeine condictio certi gab; eine condictio certi, die sich als Nebenklage allen möglichen Obligationen zugesellt; die sich daher dem Specialcondictionen-System nicht einfügen, und von diesem aus nicht erklären läßt. Das ist immerhin schon etwas werth. Denn noch heutzutage stehen namhafte Rechtsgelehrte auf dem v. Savigny'schen Standpunkte und wollen von einer allgemeinen condictio certi überhaupt nichts wissen. Erst neuerdings ist der v. Savigny'sche Standpunkt wieder von Voigt, Salkowski und Bekker vertheidigt worden, worauf ich noch zurückkommen werde.

Heimbach[22]) bemerkt freilich in Bezug auf diese Theorie der byzantinischen Juristen:

„Für das klassische Pandektenrecht, selbst für den Standpunkt des rein Justinian'schen Rechtes kann sie nicht begründet werden, — — da die einzige Quelle derselben, die citirte L. 9, vom Standpunkte der classischen Jurisprudenz aus interpretirt, zu ganz verschiedenen Resultaten führt.“

wonach wir es denn in dieser Beziehung erst mit einer nachjustinian'schen Rechtsbildung zu thun hätten.

---

[21]) Basiliken, Prolegomena, Bd. 6, S. 14, 15.

[22]) Creditum, S. 119.

Diese Bemerkung Heimbach's ist indes kaum etwas anders als ein Nothbehelf, da die byzantinischen Juristen ihre Theorie ausdrücklich auf die dem fr. 9 R. C. entsprechenden Bas. XXIII, 1, 9 zurückführen, und diese Stelle hier auch nicht vom Standpunkte der classischen Jurisprudenz, sondern vor allem vom Standpunkte des Justinian'schen Rechtes aus zu erklären ist; obwohl Voigt[23]) darin „den schönen Nachweis" erblickt: „daß das postjustinianische Recht als ein neues Institut die Selbsttaxation des Klagobjectes Seitens des Klägers und somit den Umsatz des incertum in ein certum durch diesen selbst entwickelt hatte."

Ueber das Anwendungsgebiet der condictio certi generalis war man hingegen schon im sechsten Jahrhundert verschiedener Meinung, wie aus den oben ausgeschriebenen und andern Scholien zu Bas. XXIII, 1, 9 hervorgeht.

So sagt z. B. Stephanus: es sei streitlos, daß die condictio certi generalis neben der condictio furtiva zustehe, wenn Geldstücke gestohlen seien. Wie es sich bei andern Sachen verhalte, muß also bestritten gewesen sein.

Ferner will Theophilus die condictio certi generalis aus incerten Contracten nur da zulassen: wo es sich um ein incertum handle, das seinen Grund in der Unkenntnis der Vertragschließer habe — während Stephanus von einer derartigen Beschränkung nichts wissen will.

Diese Meinungsverschiedenheiten unter den Rechtsgelehrten des sechsten Jahrhunderts deuten darauf hin: daß die fragliche Condictio in der Allgemeinheit, wie sie das Justinian'sche Gesetzbuch hinstellt, ein verhältnismäßig junges Rechtsgebilde gewesen sein wird. Sie dienen dazu, die Vermuthung wahrscheinlicher zu machen: daß die condictio certi generalis, seitdem die alten strengen Folgen der plus petitio gefallen waren, eine Umwandlung erlitten haben; daß die fragliche Condiction namentlich zur Zeit der klassischen Juristen sich noch nicht in dem Umfange geltend gemacht haben wird, wie zu Justinian's Zeiten.

Was dann die Frage anbetrifft: ob Theophilus oder Stephanus Recht habe — so stellt sich Krüger[24]) auf Seite des Theophilus. Allein auf Grund des Justinian'schen Gesetzbuches wird man unbedenklich Stephanus zustimmen müssen; denn von solchen Unterscheidungen, wie sie Theophilus macht, steht in fr. 9 R. C. keine Sylbe.

[23]) Jus naturale, Bd. IV, S. 400.

[24]) Processualische Consumtion, S. 109.

Und fragt man weiter: wo Theophilus seine Ansicht her haben mochte, da das Gesetz selber doch nicht den mindesten Anhalt zu einer derartigen Unterscheidung darbietet — so wäre gar so unmöglich nicht: daß Theophilus sie irgend einem Römischen Juristen nachgeschrieben hätte.

Krüger a. a. O. glaubt freilich, die Ansicht des Theophilus wegen der Worte „ex qua certum petimus" für die einzig richtige ausgeben zu müssen. Durch diese Worte, meint er:

„werden alle diejenigen Leistungen ausgeschlossen, die ihrer Natur nach incertae sind, so jedes facere und die Forderungen des Käufers, der nur ein rem tradi beanspruchen kann."

Allein derartiges läßt sich aus den betreffenden Worten nicht herauslesen. Zum mindesten hätte dann doch ex qua certum debetur dastehen müssen. Es ist nicht einzusehen: warum nicht jedes incertum ohne Ausnahme, in Geld abgeschätzt, als certum sollte gefordert werden können, dummodo praesens sit obligatio.

Von neuern Schriftstellern haben sich für die Statthaftigkeit einer allgemeinen condictio certi erklärt: Keller [25]), Walter [26]), Unterholzner [27]), Brackenhöft [28]), Hasse [29]), Rudorff [30]), Brinz [31]), Ubbelohde (Hartmann) [32]), Römer [33]), Krüger [34]), Pernice [35]). Von älteren mag statt aller Cujacius [36]) genannt werden.

Unter den neuern vertritt bereits Hasse die Ansicht des Stephanus. Seine Darstellung ist aber mit manchen Irrthümern untermischt, so daß sie wohl aus diesem Grunde sich nicht recht hat Geltung verschaffen können.

Am meisten Beachtung von den genannten hat die Ansicht Keller's gefunden, auf die daher noch etwas näher eingegangen werden muß.

---

[25]) Litiscontestation, Nachtrag, S. 614; derselbe, Civilproceß, § 88.

[26]) Rechtsgeschichte, Bd. II, § 559

[27]) Schuldverhältnisse, Bd. I, S. 338, 339.

[28]) Identität und materielle Connexität, S. 97, Anm. 54.

[29]) Ueber das Wesen der actio, Rh. Museum, Bd. 6 (2), S. 75 fgg.

[30]) Rechtsgeschichte, Bd. II, § 40, Anm. 7, S. 142.

[31]) Pandekten, Bd. I, S. 384, 385.

[32]) Ueber den Satz Ipso jure compensatur, S. 192.

[33]) Bedingte Novation, S. 291.

[34]) Processualische Consumtion, S. 106 fgg.

[35]) Zur Lehre von den Innominatcontracten, Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 10, S. 110.

[36]) Comm. ad tit. V. O. ad leg. 74. Opp. omnia, Bd. I, Sp. 1054.

Zunächst identificirt Keller unsere allgemeine condictio certi mit der actio certae creditae pecuniae, was für das frühere Recht deshalb nicht zu billigen, da mit der allgemeinen condictio certi schwerlich die sponsio und restipulatio tertiae partis verknüpft gewesen sein wird.

Weiter scheint Keller zu glauben, daß die Obligation, zu der unsere condictio certi hinzutrete, von Haus aus auf Geld gehen müsse, für welche Beschränkung indes das Justinian'sche Gesetzbuch ebenfalls keine Anhaltspunkte darbietet.

Die Entstehung unserer condictio certi setzt Keller in die spätere classische Zeit. Das ist in zweierlei Hinsicht unrichtig. Denn in der Allgemeinheit, wie wir diese Condictio im Justinian'schen Gesetzbuche antreffen, wird sie noch zu Justinian's Zeit eine verhältnismäßig junge Schöpfung gewesen sein. Andererseits finden wir sie in einzelnen Anwendungsfällen schon früher, als Keller annimmt, wie fr. 17 § 2 R. A. 25, 2 beweist, worauf bereits von Pernice[37]) hingewiesen worden.

Ueberhaupt scheint Keller sich in die Natur dieser allgemeinen condictio certi noch nicht recht gefunden zu haben, denn sonst hätte er nicht an fr. 34 pr. Mand. 17, 1 Anstoß genommen. Hier erörtert African einen Fall in Bezug auf die Frage: ob Darlehen oder Mandat vorliege — ähnlich wie Papinian in fr. 10 § 4 eodem. Aus einer solchen Erörterung, sie falle aus, wie sie wolle, kann unmöglich weder für noch gegen unsere condictio certi etwas gefolgert werden: da diese als Nebenklage das Specialobligationen-System gänzlich unberührt läßt[38]). Uebrigens scheint im gedachten fr. 34 pr. die Fragstellung:

> quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint,

an einer Auslassung zu leiden, da es sich um zwei Gegensätze handelt, die unmöglich durch et mit einander verbunden werden konnten. Vielleicht ist eine ganze Reihe ausgefallen, und so zu ergänzen:

> quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et ideo usuras eum petere non posse quasi ex causa mandati, an usurae peti possint.

In der Beziehung wird man indes Keller Recht geben müssen:

---

[37]) Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 10, S. 110.

[38]) So erklärt auch Krüger, proc. Cons., S. 110, wenn ich ihn richtig verstanden habe, diese Stelle.

daß das Alter dieser condictio certi generalis nicht schon bis auf Cicero hinaufreiche. Denn wenn derselbe pro Q. Roscio cap. IV, § 13 sagt:

> Jam duae partes caussae sunt confectae: adnumerasse sese negat: expensum tulisse non dicit, quum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat. Praeterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio.

so wird man daraus zwar nicht folgern können: daß es zu Cicero's Zeit weitere Specialcondictionen nicht gegeben — Cicero wird nur die Specialcondictionen aufgezählt haben, die für den vorliegenden Fall möglicherweise in Betracht kommen konnten — wohl aber dürfte der Schlußsatz der Annahme entgegenstehen: daß zu Cicero's Zeiten bereits eine allgemeine condictio certi in Uebung war.

So würde denn die Entstehung dieser condictio certi generalis nach Cicero, und — in Gemäßheit der im vorigen Paragraphen gepflogenen Erörterungen — vor Julian zu setzen sein.

Ich wende mich jetzt zu den Schriftstellern, die in neuerer Zeit das Vorhandensein einer condictio certi generalis wiederum in Abrede genommen haben.

Nach Salkowski [39]):

„ist die sogenannte certi condictio generalis der Neuern im klassischen Römischen Rechte unbegründet und überall, wo in den Quellen von einer certi condictio bei Gelegenheit eines incertus contractus die Rede ist, hat man an einen concurrirenden besondern Condictionsgrund zu denken: m. a. W. die condictio certi erscheint alsdann immer in der Gestalt einer condictio sine causa."

Diese Auffassung Salkowski's kommt im ganzen mit der Erklärung v. Savigny's und Heimbach's [40]) überein. Salkowski hält es indes für erforderlich: diese Ansicht gegen die Einwürfe Krüger's zu sichern.

Krüger [41]) bemerkt nämlich: bei dieser Erklärung sei übersehen, „daß dann die condictio certi nicht aus der andern Obligation, sondern einzig aus der fraglichen condictio ob causam datorum angestellt werde."

Damit hat Krüger sagen wollen: Justinian hätte dann in

[39]) Novation, S. 27, 28.
[40]) Die Lehre von dem Creditum, S. 83 fgg.
[41]) proc. Cons., S. 108.

fr. 9 pr. R. C. nicht „ex omni obligatione“ schreiben dürfen; sondern etwa schreiben müssen „certi condictio non ex omni obligatione sed ex condictione ob causam datorum competit.“

Das ist ein ganz gesunder Gedanke, der sich keineswegs durch die Bemerkung Salkowski's [42]) beseitigen läßt:

„Krüger gebraucht also unsere Behauptung gegen unsere Behauptung und dreht sich im Kreise.“

Denn nicht die gegnerische Behauptung gebraucht Krüger als Einwand, sondern den Umstand: daß sich die gegnerische Behauptung nicht aus den Gesetzesworten herauslesen lasse.

Voigt [43]) hat als neuen Beweisgrund einen Ausspruch der Kaiser Theodos II und Valentinian in Nov. Th. I, 1, § 1, herangezogen, wo es heiße:

cum liquido pateat — — quibus verbis stipulatio colligatur, ut certum vel incertum debitum sit exigendum.

„Denn hierin offenbart sich deutlich der Gedanke, daß von den Worten der Stipulation, nicht aber von dem hiervon unabhängigen Belieben des Klägers der Charakter des Klagobjectes als certum oder incertum abhängig sei.“

Voigt kommt in seinem jus naturale [44]) auf diesen Beweisgrund noch einmal zurück. Gleichwohl ist mir nicht recht klar, was diese Stelle eigentlich hier soll. Wir haben es in der fraglichen Stelle nämlich mit dem Gesetze zu thun, durch welches der Codex Theodosianus exclusive Gesetzeskraft erhielt. Die Kaiser entwickeln hier folgenden Gedanken: sie hätten die Masse kaiserlicher Constitutionen, moles constitutionum divalium, in abgekürzter Gestalt und größerer Klarheit wiedergegeben, discussis tenebris compendio brevitatis lumen legibus dedimus; und als Beispiel, was hierdurch erreicht sei, führen sie unter anderm an, daß es jetzt auch klar sei, in welche Worte eine Stipulation gefaßt werden müsse, damit aus derselben ein certum oder incertum zu fordern sei. Also die Form der Stipulation hat festgestellt werden sollen, das ist die Hauptsache. Im übrigen beweist die Stelle nur: daß es sowohl certe wie incerte Stipulationen gibt — ein Satz, den noch niemand bezweifelt hat.

Bekker hat unter den neuern Schriftstellern die entgegenstehende

---

42) a. a. O. S. 22.

43) Ueber die Condictiones ob causam, S. 819, Anm. 801.

44) Bd. IV, S. 400.

Auffassung am eingehendsten vertheidigt. Zunächst fußt dieser Schriftsteller auf fr. 9 § 3 R. C. 12, 1 und meint [45]):

„Also überall ist sie doch nicht am Platze. Man sollte aber nach dem voraufgehenden meinen, daß nur, wo überhaupt kein „certum peti“ denkbar sei, die Kondiktion versagt werden dürfte, in weit auseinanderliegenden Fällen. Statt dessen sehen wir alle Zweifel auf einem knapp begrenzten Gebiet auftauchen: § 4—8 wird die Kondiktion gegeben auf Grund von Numeration.“

Dagegen ist zu erinnern: daß fr. 9 § 3, so wie es dasteht, schwerlich aus Ulpian's Feder geflossen sein wird. Ferner werden in den §§ 4—7 lauter Fälle genannt, wo sich der numeratio eine ungültige Stipulation zugesellt hat. Wenn nun Ulpian diese Fälle einer besondern Beachtung werth hält, so wird man daraus schließen müssen: daß die Zulässigkeit der condictio certi generalis neben gültiger Stipulation eher feststand, als neben condictio ex mutuo beim Vorhandensein einer ungültigen Stipulation. Bedeutungslos war die condictio certi generalis neben condictio ex mutuo oder actio certae creditae pecuniae, wie bereits früher angedeutet worden, übrigens keineswegs. Denn die sponsio und restipulatio tertiae partis war zwar ein Vortheil für den Gläubiger, der seiner Sache gewiß war; aber ebenso auch ein Nachtheil für den, der verlor. Also wird ein Gläubiger, der seiner Sache nicht recht traute, der condictio certi generalis vor der actio certae creditae pecuniae den Vorzug gegeben haben. Allerdings lud, wer mit unserer allgemeinen condictio certi klagte, die Gefahr der Zuvielforderung auf sich — das wollte hier aber wenig bedeuten, da diese Gefahr mit der condictio mutui ebenfalls verbunden war. Und weit entfernt: daß die angeführten Paragraphen zu Gunsten der Bekker'schen Anschauung irgendwie in Gewicht fielen — scheint mir im Gegentheil die Wortfassung in § 4 das Wesen unserer condictio certi generalis recht klar zu kennzeichnen. Dieser § 4 lautet nämlich:

> Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? et puto posse.

[45]) Actionen, Bd. I, S. 138.

Ulpian wirft hier die Frage auf: ob im vorliegenden Fall per hanc actionem, also mittelst unserer condictio certi generalis, condicirt werden könne? Er bejaht dieselbe, weil von zwei Specialklagen wenigstens eine, die condictio ex numeratione, stichhaltig sei, und dieser Specialcondiction sich unsere allgemeine Condiction als Nebenklage zugesellen könne.

Was dann den § 8 betrifft [46]), so behandelt derselbe einen Fall: wo man zweifelhaft sein konnte, ob dem Tu überall eine Specialklage zustehe — und ehe diese Bedenken nicht gehoben, konnte auch von unserer allgemeinen Condiction keine Rede sein.

Ich vermag demnach die von Bekker hier geäußerten Bedenken in keiner Weise zu theilen. Nach dem Voraufgehenden hat man zu meinen: daß ein certum peti überall erlaubt ist, dummodo praesens sit obligatio. Und von diesem allgemeinen Satz enthalten die fraglichen Paragraphen einzelne Beispiele.

Weitere Bedenken entnimmt Bekker dem § 9 unsers fr. 9, sowie dem fr. 10, fr. 11, fr. 13 R. C. Ich glaube, ich kann mich in dieser Beziehung darauf beschränken: die Bedenken in Bezug auf fr. 9 § 9 und fr. 10 zurückzuweisen.

In dem dort besprochenen Falle war das Anrühren der deponirten Geldstücke, das moveri, auch für unsere allgemeine condictio certi keineswegs ein gleichgültiger Umstand. Denn die aus dem Depositum entspringende Obligatio war nach Römischer Anschauung ohne Dolus keine praesens; ohne Dolus konnte also auch unsere allgemeine condictio certi der actio depositi als Nebenklage nicht hinzutreten [47]). Da nun durch das moveri im vorliegenden Falle eine condictio ex mutuo entsprang, so war von diesem Gesichtspunkte aus auch unsere condictio certi generalis jetzt schon zulässig.

Dann heißt es bei Bekker a. a. O. S. 139:

„Ferner finden sich viele Stellen, in denen auf die reale Grundlage der konkurrirenden Kondiktion ausdrücklich hingewiesen wird."

Ich vermag indes in der That nicht einzusehen: was dies hier soll. Bekker meint freilich: diese Zeugnisse fielen besonders schwer in die Schale. Allein doch nur für den, der, wie Bekker, die Begriffe Special- und Generalcondiction mit einander verwechselt. Die

---

46) Vgl. zu demselben Bd. I, S. 213.

47) fr. 13 § 1 Depositi 16, 3. Vgl. zu dieser Stelle oben § 93, S. 510, 511.

Specialcondictionen haben allerdings ihre bestimmten Voraussetzungen; die Generalcondiction dagegen die allgemeine: dummodo praesens sit obligatio.

Zudem läßt, worauf ich indes weniger Gewicht lege, eine Stelle, die Bekker besonders hervorhebt, nämlich fr. 12 Nov. 46, 2, auch eine andere Deutung zu.

In dem Schlußsatze muß nämlich mit pecuniam praestare etwas anderes haben ausgedrückt werden sollen, als mit dem kurz vorhergehenden pecuniam solvere. Ich beziehe ipse in diesem Schlußsatze auf den Delegans, der in diesem Fall gegen den Delegatus mit der actio mandati darauf, daß dieser an den Delegatar Zahlung leiste, dann klagen kann, nachdem er, der Delegans, ihn selbst mit Geld versehen hat, cum ipse praestiterit pecuniam. Unter dieser Voraussetzung fehlt es hier gänzlich an einem Concurrenzverhältnisse [48]).

Endlich mag Bekker gegenüber noch darauf hingewiesen werden: daß die cond. certi gen. in einem Falle die alte Specialklage nach Just. Recht sogar in sich aufgenommen hat. So erging es nämlich der alten cond. certae pecuniae creditae, siehe oben S. 522. Vom Standpunkte des Just. Rechtes aus erscheint demnach die cond. certi gen. als eine erweiterte actio certae pecuniae creditae; und dies wird der Grund sein, weshalb Justinian diese Klage gerade im Digestentitel de rebus creditis abhandelte.

So glaube ich denn das Vorhandensein einer condictio certi generalis auch den neuesten Einwendungen gegenüber sicher gestellt zu haben.

§ 95.

Constitutio unica Codicis de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur. — Schluß.

Nachdem wir uns jetzt über das Wesen der condictio certi generalis verständigt haben, kehre ich zur Betrachtung unserer constitutio unica zurück und frage: was das wohl für Streitfälle sein mögen, qui certam habent quantitatem vel naturam, die Justinian mit Streitfällen, qui incerti esse videntur, in Gegensatz bringt?

[48]) Uebereinstimmend mit Bekker erklärt den fraglichen Schlußsatz Cujacius in lib. 31 Pauli ad Edictum Opp. omnia, Bd. V, Sp. 447, 448. Noch eine andere Erklärung gibt Salpius, Novation und Delegation, S. 65.

Zunächst leuchtet so viel ein: daß sämmtliche Specialklagen durch die Streitfälle, qui certam habent naturam einerseits, und die, qui incerti esse videntur, andererseits erschöpft sind. Denn da certe und incerte Natur zwei Gegensätze bilden, so müssen nothwendig Streitfälle von certer und incerter Natur sämmtliche Specialklagen umfassen.

Ist dieses richtig, so folgt weiter: daß für Streitfälle, qui certam habent quantitatem, nur noch Generalklagen nachbleiben können. Nun kennt aber das Justinian'sche Recht nur eine einzige Generalklage, nämlich die condictio certi generalis. Also muß der Ausdruck qui certam habent quantitatem auf unsere condictio certi generalis gehen.

Dazu paßt auch sehr gut die Bezeichnung certa quantitas, da mit der condictio certi generalis stets eine bestimmte Geldsumme verlangt wurde.

Zu demselben Ergebnis gelangt man noch auf andere Weise. Der Ausdruck quantitas weist uns vorzugsweise auf Geld hin. Bei certa quantitas haben wir also vorzugsweise an eine bestimmte Geldsumme zu denken. Nun hat aber das Römische Recht von jeher mit Specialklagen auf eine bestimmte Geldsumme nur sehr ausnahmsweise einen Interesseanspruch verknüpft. Diese seltenen Fälle besonders hervorzuheben, hätte in einem Gesetze, das sich zur Aufgabe macht, die Zweifel, welche über den Interessebegriff in großer Menge entstanden waren, prout possibile est, in augustum coarctare, um so weniger Sinn gehabt: als diese Seltenheiten von der certa natura jedenfalls mitumfaßt wurden.

Noch ein anderer Beweis ist dieser. Als Beispiele von Streitfällen, qui certam habent quantitatem vel naturam, führt Justinian omnes contractus an. Wenn aber alle Contracte bloß beispielsweise genannt werden, und man unter der fraglichen Ausdrucksweise lediglich Specialklagen verstehen wollte: wo bliebe dann noch Raum für die incerten Fälle, von denen die zweite Hälfte unsers Gesetzes handelt? Man würde dann so ziemlich auf einzelne wenige sachenrechtliche Ansprüche[1]), die freilich keineswegs als solche schon ausgeschlossen sind, beschränkt bleiben, und geriethe auf diese Weise in einen unlöslichen Widerspruch mit dem übrigen Inhalt des Justinian'schen Gesetzbuches, das eine große Menge incerter Klagen aus Contracten kennt.

---

[1]) Vgl. Gaj. IV, 54; fr. 5 pr.; fr. 76 § 1 R. V. 6, 1; fr. 8 § 1 Co. div. 10, 3; fr. 1 § 5 Si pars her. 5, 4; Keller, Civilproceß, § 51, Anm. 601, S. 215; oben Bd. I, S. 359.

Den omnibus contractibus in unserer Stelle entspricht genau ex omni contractu in fr. 9 pr. R. C. Und wollen wir Beispiele haben, wo von einer Klage mit certa quantitas außerhalb des Contractsgebietes die Rede sein könne; so brauchen wir uns nur fr. 9 § 1 R. C. anzusehen. Hier finden wir als solche Beispiele: Legat, lex Aquilia [2]) und causa furtiva — genannt.

v. Vangerow, Pandekten, Bd. III, § 571, S. 47, 48, macht in Bezug auf unser Gesetz die sehr richtige Bemerkung:

„Jedes duplum setzt aber nothwendig ein simplum voraus, und dieses simplum muß natürlich ein von dem Quantum des Schadensersatzes verschiedenes Objekt sein, eben weil ja erst danach das Quantum des Schadensersatzes ermessen werden soll."

Hieraus wird dann gefolgert:

„Offenbar fehlt es nun aber bei der aus Delikt oder Quasidelikt hervorgehenden Obligation auf Schadensersatz an einem solchen simplum als Maßstab, und nur in solchen Fällen kann davon die Rede sein, wo schon ein anderweiter principaler Gegenstand der Forderung vorhanden ist."

Das ist vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus freilich nicht richtig. Denn das Gegentheil lehrt die Aquilische Beschädigung, in Folge welcher unsere condictio certi generalis zuläßig war. Und hier von einem simplum und duplum zu sprechen, war sogar alt hergebrachte Anschauung; da die actio legis Aquiliae zu denjenigen Klagen gehörte, bei welchen der Satz galt: lis infitiando crescit in duplum.

Gleichwohl ist die v. Vangerow'sche Auffassung für das heutige Recht vollkommen richtig. Denn bei der Aquilischen Beschädigung entsteht der Vermögensunterschied sofort durch das urere, rumpere u. s. w. [3]). Es ist indes nicht alles, was für das heutige Recht richtig, um deswillen schon Römische Anschauung. Es dürfte sich hier vielmehr um eine Verschiedenheit in den Grundanschauungen zwischen heutigem und Römischem Rechte handeln. Denn kann man da genau genommen noch von Entschädigung sprechen, wo dem Kläger gestattet ist, für die Berechnung des Schadens sich irgend einen früheren, ihm günstigen Zeitpunkt innerhalb gewisser Grenzen auszusuchen [4])? Der

[2]) Vgl. in dieser Beziehung auch Pernice, Sachbesch. S. 114 fgg.

[3]) Siehe Bd. I, S. 89—92.

[4]) Siehe Gaj. III, 214. v. Savigny, System, Bd. V, S. 57.

eigentliche Interessebegriff hat sich hier überall erst später angefunden[5]). Und dieser Gesichtspunkt ist im heutigen Recht viel reiner zur Geltung gelangt als im Römischen[6]). Und wie v. Vangerow in der seinigen, so werden die Römer in ihrer Weise Recht gehabt haben.

Allerdings läßt sich bei der Aquilischen Beschädigung ein Hauptschaden und ein Nebenschaden, und in Folge dessen ein Haupt- und Nebeninteresse unterscheiden. Denn wenn z. B. das Haus des andern abbrennt, so hat er nicht bloß das Haus wieder aufzubauen, sondern auch dafür Schadensersatz zu leisten, daß der andere sein Haus so lange entbehren mußte[7]). Nun mag man meinetwegen in Bezug auf den Schaden, welchen das urere selbst anrichtet, von Hauptinteresse und im übrigen von Nebeninteresse sprechen: immerhin haben wir es in beiden Fällen mit Interesse zu thun; und für das heutige Recht ist somit die Auffassung v. Vangerow's durchaus richtig.

Aber, wenn Justinian wirklich unsere condictio certi generalis im Sinne hatte, warum — möchte man vielleicht einwenden — drückte er sich nicht deutlicher aus? Die herrschende Ansicht urtheilt in dieser Beziehung bekanntlich keineswegs günstig über unsere Constitution; vielmehr entspricht derselben vollkommen, wenn z. B. Bethmann-Hollweg[8]) unsere Constitution nennt „eine Vorschrift Justinian's, die durch Unklarheit des Gedankens zu seinen schlechtesten Gesetzen gehört". Ich glaube selbst in dieser Beziehung Justinian in Schutz nehmen zu können.

Wir müssen uns nur vergegenwärtigen: daß die alten Formeln bereits seit dem Jahre 342 vollständig beseitigt waren[9]). Zu Justinian's Zeit gab es keine Formel mehr mit si paret decem dare oportere u. dgl. Nun sollte aber in Gemäßheit von fr. 9 pr. R. C. aus jeder Obligation eine condictio certi generalis zuläßig sein?

Woran sah man denn aber: ob ein Kläger diese Generalklage oder eine Specialklage angestellt hatte? Es wird alles darauf hinausgekommen sein: ob in der Klageschrift eine bestimmte Geldsumme angegeben war oder nicht. Man setze z. B. folgenden Fall. Es hat

---

[5]) Vgl. Ihering, Geist des Römischen Rechts, Bd. II, § 29, Anm. 125. Erste Aufl., S. 115; zweite Aufl., S. 107.

[6]) Siehe Bd. I, S. 90, Anm. 1. Neuner, Privatrechtsverh. S. 205.

[7]) Siehe Bd. I, S. 89.

[8]) Der Römische Civilproceß, Bd. III, S. 294.

[9]) c. 1 C. de form. subl. 2, 58.

jemand sich eine Sache für 100 gekauft und den Kaufpreis bezahlt, darauf wird ihm die Sache evincirt. Fordert dieser jemand nun in seiner Klageschrift 100 und das Interesse; so war das vom Standpunkte des Justinian'schen Rechtes aus eine condictio certi generalis. Wollte ein solcher mit der actio emti klagen, so hätte er sich unbestimmt ausdrücken und sagen müssen: ich verlange alles, was mir aus dem Kaufgeschäfte zukommt.

Also eine Klage, die eine certa quantitas, eine bestimmte Geldsumme hatte, mußte sich nach Justinian'schem Rechte ganz von selber als condictio certi generalis darstellen. Und so verdient Justinian meines Erachtens durchaus keinen Tadel, wenn er von Streitfällen spricht, qui certam quantitatem habent.

Den Kunstausdruck condictio certi generalis gab es nämlich zu Justinian's Zeiten noch nicht. Meines Wissens kommt ein ähnlicher Ausdruck zuerst in einem Basiliken-Scholion zu Bas. XXIII, 1, 9 vor, welches in Bezug auf unsere Condiction sagt ‚ὡς γενικὸν ὄντα' [10]).

Ferner weist der Ausdruck certa quantitas bereits an sich deutlich genug auf eine condictio certi hin, wie wir schon aus Gajus entnehmen können, wenn es hier z. B. IV, 54 heißt:

> Illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur.

Und so entsprechen auch die Streitfälle, qui certam habent quantitatem vel naturam, ungefähr der Ausdrucksweise in § 33 J. de act. 4, 6:

> sin autem quantitate vel alio modo plus fuerit petitum.

Verweilen wir dann noch ein wenig bei dem Umstande, daß es zu Justinian's Zeiten keine Formeln mehr gab, und legen wir uns die Frage vor: bei welchen Contracten man sich vorzugsweise unserer condictio certi generalis bedient haben wird? so drängt sich uns folgende Wahrnehmung gleichsam von selber auf.

Bei Kauf oder Miethe, wo die Geldleistung bereits beschafft war, und hernach die gekaufte oder gemiethete Sache evincirt wurde; oder bei Contracten, wo das Geld bezahlt war, die entsprechende Gegenleistung aber noch nicht erfolgte — da wird derjenige, der das Geld gezahlt hatte, so geklagt haben: gib mir meine 100 wieder und ersetze

---

10) Heimbach, Bd. II, S. 595.

das Interesse. Dagegen in andern Fällen, wo das Geld noch nicht gezahlt war, wird der Betreffende sein Interesse gefordert, also incert geklagt haben: ersetze mir meinen Schaden.

Nun haben wir aber in den Fällen der ersten Art eine certa quantitas und ein simplum, das sich verdoppeln läßt; dagegen in den Fällen der zweiten Art ein incertum, aber kein simplum. Ferner zählt Justinian zu den Streitfällen, welche certam habent quantitatem vel naturam ausdrücklich Kauf und Miethe und alle Contracte. Von unserm Standpunkte aus ist mithin die Justinian'sche Ausdrucksweise gar nicht mehr so gewaltig unverständlich; da wir hier wiederum für alle zweiseitigen Contracte, sobald nur von Seiten des Klägers die in Geld bestehende Gegenleistung beschafft war, auf ganz natürliche Weise zur condictio certi generalis gelangen.

Freilich ist hier noch ein Bedenken zu heben.

Es soll mit der condictio certi generalis ein Interesseanspruch geltend gemacht werden können. In welchen Fällen war das nun möglich? Jedenfalls nur in den, wo und soweit mit der entsprechenden Specialklage ein Interesseanspruch verknüpft werden konnte. Also z. B. bei der sich an die actio emti anlehnenden condictio certi generalis, nicht aber bei der condictio certi generalis, welche sich an die den Kaufpreis fordernde actio venditi anlehnte.

Verträgt sich denn indes überall ein Interesseanspruch mit dem Wesen unserer condictio certi generalis? Voraussetzung derselben ist „dummodo praesens sit obligatio". Jeder Interesseanspruch reicht aber ein gut Stück in die Zukunft hinein: heutzutage bis zur Zeit der Erfüllung, nach Römischem Recht regelmäßig bis zur Zeit des Urtheils.

Ich glaube auch, daß aus diesem Grunde ein einfacher Interesseanspruch, der sich nicht an ein anderweitiges Simplum anlehnte, gar nicht mit unserer condictio certi generalis geltend gemacht werden konnte. Man müßte sich dann schon den Fall so denken: daß der Kläger nur sein Interesse bis zum Augenblicke der Klaganstellung verlangt hätte. Allein ob eine derartige Beschränkung überall thunlich war? Ob ein Gläubiger zu einer derartigen Beschränkung jemals Neigung verspürt haben mag? Ob bei Interesseansprüchen der fraglichen Art der Gebrauch der condictio certi generalis dem Gläubiger irgend welchen Nutzen gebracht haben wird? Denn die Menschen sind von jeher so gesonnen gewesen, daß sie das Neue nur da statt des Alten gebraucht haben, wo ihnen das Neue im Vergleich zum Alten Vortheile darbot.

An der Hand unserer Constitution kommen wir jedenfalls zu folgendem Ergebnis.

Justinian spricht einerseits von Streitfällen, qui certam habent quantitatem vel naturam, bei denen das Interesse das Doppelte nicht übersteigen dürfe; alles übrige verweist er in das Gebiet des Incertum. Also muß für Justinian die Möglichkeit, daß ein Interesseanspruch, der sich nicht an ein Simplum anlehnte, mit der condictio certi generalis geltend gemacht werden konnte, gar nicht vorhanden gewesen sein.

Spricht aber was gegen die Geltendmachung eines Interesseanspruches mittelst der condictio certi generalis im allgemeinen, nicht auch gegen die Geltendmachung eines Interesseanspruches mittelst dieser Klage, wo sich das Interesse an ein Simplum anlehnt? Genau genommen, ja. Und so war es eine Begünstigung der condictio certi generalis, daß die Geltendmachung eines Interesses in einem gewissen Umfange mittelst derselben überall zugelassen wurde.

Wie sich diese Entwicklung aber machen mochte, können wir für einzelne Fälle noch verfolgen.

Hierher gehört nämlich, was ich früher in Bezug auf die Aquilische Beschädigung sagte, und was in gleicher Weise für das Damnationslegat gilt [11]). „Ueberhaupt wird ein solcher Beklagter nur da Veranlassung gehabt haben, sich gegen Bewilligung eines certum zu wehren: wo seiner Meinung zufolge der Schaden nicht einmal halb so groß sei, als der Kläger ihn abschätzte."

Um diesen Gedanken auch für das Damnationslegat näher auszuführen, so setze man folgenden Fall. Es ist dem A auf diese Weise eine Sache im Werthe von 10 vermacht worden. Der A will mit der condictio certi generalis klagen und schätzt die Sache vielleicht auf 15, 17, 19. Das geht noch alles. Denn so lange er nicht mehr als 20 verlangt, wird ihm der Beklagte das geforderte certum bewilligen. Wenn aber jemand statt einer Sache, die 10 werth ist, 15, 17 oder 19 erhält; so bekommt er ja nicht bloß den Sachwerth, sondern auch ein Interesse von 5, 7 oder 9 vergütet.

Es beruht also auf einer besondern Begünstigung, daß Justinian die Geltendmachung eines Interesseanspruches mittelst condictio certi generalis in einer gewissen Allgemeinheit zuließ. Ebenso haben wir schon früher gesehen: daß der Interesseanspruch zu Obligationen von

[11]) Siehe oben § 93, S. 508.

certer Natur nach Römischer Anschauung gar nicht recht paßte [12]). Die Natur des certen x wurde dadurch gewissermaßen halbwegs untergraben, daß man ihm ein incertes y anhängte.

Halten wir dieses fest, so können wir den Gedanken, der sich in der ersten Hälfte unserer Constitution ausspricht, auch so ausdrücken. Da wo der Interessebegriff eigentlich gar nicht hingehört, nämlich bei der condictio certi generalis und Specialklagen certer Natur z. B. condictio auf res certa, soll gleichwohl in einer gewissen Allgemeinheit ein Interesseanspruch zugestanden werden, nämlich sofern er das Doppelte nicht überschreitet, sich also an ein Simplum anlehnt.

Die Geltendmachung des Interesseanspruches mittelst condictio certi generalis hat man sich dann so vorzustellen: daß die eigentliche Leistung und das Interesse jedes für sich vom Kläger abgeschätzt wurde — damit gleich in die Augen fiel, daß nicht mehr als das Doppelte verlangt war. Hiermit stimmt Stephanus überein, wenn er sagt: ἑκάτερον μέντοι αὐτῶν διατιμησάμενος [13]).

War nun aber die ursprüngliche Leistung vom Kläger zu hoch geschätzt, so konnte eine richterliche Herabsetzung dieser Schätzung auch eine Herabsetzung des Interesses zur Folge haben. Es hatte jemand die eigentliche Leistung zu 10 veranschlagt, und demgemäß 20 gefordert. Nun fand aber der Richter, daß die eigentliche Leistung nur 8 werth sei, und verurtheilte demgemäß im ganzen in 16.

Man hat wohl verwundert gefragt: was das für Streitfragen gewesen sein möchten, deren Justinian im Eingange unseres Gesetzes gedenke [14])? Jedenfalls können sie sich nicht auf den Interessebegriff, als solchen, bezogen haben, da Justinian in dieser Beziehung nur Bekanntes einschärft. Der vornämliche Zweck des fraglichen Gesetzes war, festzusetzen: wann das Interesse das Duplum übersteigen dürfe, und wann es bis zum Duplum hinanreichen könne.

Eine Streitfrage dieser Art ist uns sogar noch aufbewahrt: indem wir aus den Digesten ersehen, daß Julian und African in einem Evictionsfalle einen über das Doppelte gehenden Interesseanspruch nicht zuließen, während Paulus unbedenklich weiter ging. Hierauf beziehen sich fr. 43, 44, 45 pr. A. E. V. 19, 1, von denen

---

[12]) Siehe oben § 93, S. 498.
[13]) Siehe oben § 94, S. 523.
[14]) Siehe z. B. Fritz, Erläuterungen, Bd. II, S. 86, 87.

bereits oben die Rede war [15]). In Bezug auf d. fr. 44 wurde dort nachgewiesen: daß in demselben keine Interpolation vorgenommen sein könne. Ich gehe jetzt weiter und behaupte: daß die Compilatoren dieses Einschiebsel genau genommen gar nicht hätten bringen müssen. Denn vom Standpunkte unserer Constitution aus ist die Ansicht des Julian und African nur unter der Voraussetzung richtig, daß mit der condictio certi generalis geklagt wäre; ist dagegen incert mit der actio emti geklagt, so gilt die Ansicht des Paulus.

Es ist möglich, daß hier eine Unachtsamkeit der Compilatoren vorliegt. Denkbar wäre aber auch, daß die Compilatoren unsere Constitution für ausreichend gehalten, und dem Leser zugemuthet hätten: d. fr. 44 von einem Falle zu verstehen, wo eine Klage angestellt war, die certam quantitatem hatte. Denn da wir annehmen müssen, daß in unserm Falle der Kaufpreis bereits bezahlt war; so liegt ein Fall vor, wo sich nach Justinian'schem Rechte die condictio certi generalis ganz von selber einfand, sobald der Käufer Rückerstattung der bestimmten, von ihm bezahlten Summe verlangte.

Von weitern hier einschlagenden Streitfragen ist uns freilich keine sichere Kunde überliefert. Es wäre aber sehr wohl denkbar, daß man z. B. darüber verschiedener Meinung gewesen sei: ob mit der condictio certi generalis überall ein Interesseanspruch verbunden werden könne.

Ferner bildete sich im spätern Rechte der Satz: daß auch beim Damnationslegat von Zeit der Litiscontestation an das Interesse ersetzt werden müsse [16]). Wie verhielt es sich nun aber daneben mit dem Satze lis infitiando crescit in duplum? Konnte jetzt vom Gläubiger beides, Duplum und Interesse, oder nur eins von beiden verlangt werden? Und wie wurde eventuell das Duplum berechnet; wurde nur die ursprüngliche Leistung oder das Interesse ebenfalls verdoppelt?

Man sieht leicht: daß es an Stoff zu Streitfragen nicht gefehlt haben wird, und daß nicht die mindeste Veranlassung vorliegt, in die Worte Justinian's Mistrauen zu setzen, wenn derselbe uns versichert: er habe alte Zweifel in großer Menge vorgefunden.

Justinian's Verordnung ging nun dahin: daß zwar neben certen

---

[15]) Siehe oben § 92, S. 489—491.

[16]) fr. 39 § 1 Leg. I. Vgl. hierzu Bd. I, S. 403 fgg. u. sonst.

Klagen ein Interesseanspruch zugelassen werden solle, hier jedoch das Simplum nicht überschreiten dürfe; bei incerten Klagen solle aber von einer derartigen Schranke keine Rede sein, jedoch schärft Justinian in dieser Beziehung den Richtern ein, den Interessebegriff richtig zu handhaben.

Die hier versuchte Auslegung der fraglichen Constitution erhält eine nicht unerhebliche Stütze an einer alten griechischen Erklärung, die sich bei Cujacius [17]) abgedruckt findet, die man aber in neuerer Zeit viel zu wenig beachtet hat, und die so lautet:

Ἡ παροῦσα διάταξις τὸν λόγον τοῦ διαφέροντος συστέλλουσα καὶ ὁρίζουσα καὶ φανερὸν καθιστῶσα τὸ δὲ θεσπίζει· μὴ ὑπερβαίνειν τὸ διπλοῦν τῆς πρωτοτύπως καὶ ἐξ ὀρθοῦ κεχρεωστημένης ποσότητος ἐν πᾶσι τοῖς συναλλάγμασι τὴν ῥητὴν καὶ ὡρισμένην ἔχουσι ποσότητα ἢ φύσιν ὡς ἐπὶ τῶν πράσεων καὶ τῶν μισθώσεων καὶ τῶν ὁμοίων· οἷον ὡς ἐπὶ θέματος· ἠγόρασα ἀπὸ σοῦ κτῆμα εἰς λίθρας ἑκατόν σοι τὸ τίμημα· καὶ σὺ λαβὼν τὸ τίμημα· καὶ νεμηθεὶς αὐτὸ ἐπὶ χρόνοις ἱκανοῖς, ἐπώλησας καὶ τὸ κτῆμα πρὸς ἕτερον, καὶ παρέδωκας αὐτῷ τὸ ἀκίνητον· ἐκίνησα κατά σου ζητῶν τό, τε τίμημα καὶ ἐντεῦθεν διαφέρον ἤ τοι τοὺς τόκους, καὶ συμψηφίζων ὁπόσουν [18]) εἰς

Die gegenwärtige Verordnung, indem sie den Interessebegriff zusammenzieht, abgrenzt und klar hinstellt, verordnet dies: daß er nicht überschreite das Doppelte des ursprünglich und geradewegs geschuldeten Betrages in allen den Verträgen, die einen bestimmten und abgegrenzten Betrag oder Natur haben, wie bei Verkäufen, Vermiethungen u. dgl. Wie z. B.: ich habe von dir ein Besitzthum gegen einen Preis von 100 Pfund gekauft; du hast den Kaufpreis angenommen, das Grundstück selbst noch eine Reihe von Jahren in Besitz behalten, darauf einem andern verkauft und es diesem zu unwiderruflichem Eigenthum tradirt. Ich habe gegen dich geklagt und sowohl den Preis wie das desfallsige Interesse oder die Zinsen gefordert, und zwar, indem ich zusammenrechnete, wie viel es sei,

---

[17]) Paratitla in lib. VII Cod. Tit. 47, Opp. omnia, Bd. II, Sp. 435, 436.

[18]) Statt ὁπόσουν ist wohl zu lesen ὁπόσον ᾖ. Cujacius scheint eine ähnliche Textänderung vorgeschwebt zu haben, da derselbe „quantum sit“ übersetzt.

λίθρας ἑκατὸν πεντήκοντα. ὁρίζει οὖν ἡ διάταξις, ὅτι ἐπεὶ ἐνταῦθα τὸ πρωτοτύπως χρεωστούμενον ποσὸν, ἤτοι τὸ τίμημα δῆλόν ἐστι, καὶ ὡρισμένον. καὶ τὸ διαφέρον ἰσόμετρον ἀπαιτείσθω, ὥστε μὴ ὑπερβαίνειν τὰς ἑκατὸν λίθρας, ἀλλὰ διά τε τοῦ πρωτοτύπως χρεωστουμένου, καὶ διὰ τοῦ διαφέροντος κορυφοῦσθαι τὸ ἀπαιτούμενον ἅπαν εἰς διπλάσιον, ἤ τοι λίθρας διακοσίας· κατὰ γοῦν τὸν θεματισμὸν τοῦτον θεμάτιζε καὶ τὸ τῆς μισθώσεως· οἷον ἐμισθωσάμην ἀπὸ σοῦ κτῆμα ἐπὶ χρόνοις εἴκοσι· καὶ δέδωκά σοι καὶ ἐν προχρείᾳ τὸ μίσθωμα τῶν τοιούτων χρόνων· σὺ λαβὼν τοῦτο καὶ νεμηθεὶς ἐπὶ χρόνοις ἱκανοῖς τό, τε μίσθωμα καὶ τὸ κτῆμα οὐκ εὐγνωμονεῖς παραδοῦναί μοι τὸ μισθωθὲν κτῆμα· εἰ οὖν κινήσω κατὰ σοῦ, ἀπαιτήσω σε τότε μίσθωμα καὶ τὸ ἐντεῦθεν διαφέρον, ἤτοι τοὺς τόκους, κατὰ τὴν ἐπὶ τῆς πράσεως ἀνωτέρω γραφεῖσαν διάστιξιν· ἀλλὰ τοῦτο μὲν κρατεῖ ἐπὶ πάντων τῶν ἐχόντων δῆλον, καὶ πεποσωμένον τὸ ἐξ ὀρθοῦ καὶ πρωτοτύπως χρεωστούμενον· ἐπὶ δὲ τῶν δοκούντων ἀδήλων καὶ κατὰ πρώτην ὄψιν ἀπόσων παρεγγυᾶται τοῖς δικασταῖς τοῖς

bis an 150 Pfund. Nun bestimmt die Verordnung: daß, da in diesem Falle die ursprüngliche Schuld von irgend einem Betrage, nämlich der Kaufpreis offenbar und bestimmt ist, auch das Interesse in gleichem Maße gefordert werde, so daß es nicht die 100 Pfund überschreite, sondern vermittelst der ursprünglichen Schuld und des Interesse, die ganze Forderung auf's Doppelte, nämlich 200 Pfund gebracht werde. In Gemäßheit dieser Entscheidung entscheide auch den Fall mit dem Vermiethen. Ich habe z. B. von dir ein Besitzthum auf 20 Jahre gemiethet und dir auch in baarem Gelde die Miethe für diese Jahre gezahlt. Du hast dies angenommen, etliche Jahre sowohl das Miethsgeld als das Grundstück in Besitz behalten, und bist nicht gesonnen, mir das gemiethete Grundstück zu überliefern. Wenn ich nun gegen dich klagen werde, werde ich von dir sowohl das Miethsgeld als das desfallsige Interesse oder die Zinsen fordern in Gemäßheit der beim Verkaufe oben geschriebenen Auseinandersetzung. Aber dieses gilt bei allem, was die ursprüngliche und gerade Wegs zustehende Schuld als eine klare und mit einem Betrage versehene hat. Bei dem aber, was unklar und auf den ersten Blick ohne Betrag erscheint, wird den Richtern, welche derartige

κρίνουσι τὰς τοιαύτας ἀποφάσεις ζητεῖν τί ἐστι τὸ ἀληθῶς χρεωστούμενον· καὶ εἰς τοῦτο καταδικάζειν τὸν φανησόμενον ἔνοχον, καὶ μὴ ἀνέχεσθαι τοῦ ἀντιδίκου κατασκευάζοντος διαφέρον μέγα καὶ ἄπειρον ἀπὸ τινῶν ἐπινοίων λεπτῶν, καὶ διαστρόφων καὶ μεθόδων ἀνηνύτων· ἵνα μὴ εἰς τοσαῦτα ἐκκυλιόμενοι ἐμπέσωσιν εἰς ἀμηχανίαν καὶ ἀπόφασιν ἐξενεγκεῖν ἀδυνατήσωσι, καὶ ἡ φύσις γὰρ τὴν συμμετρίαν ἀσπάζεται· οἷον ἔκθησα[19]) *κατά τινος λέγων· Ὅτι βουλόμενον τὸν πέτρον διαθήκην ποιῆσαι, καὶ καταλιπεῖν με κληρονόμον, ἐκώλυσας· καὶ ζητῶ ἀπὸ σοῦ τὸ ἐντεῦθεν διαφέρον, καὶ κατεσκεύαζον τοῦτο, καὶ ἐκορύφουν εἰς ἄπειρον, λέγων· Ὅτι εἰ ἐγράφην κληρονόμος εἶχεν ἡ κληρονομία κτῆμα περιφανὲς καὶ περισπούδαστον, καὶ ἐπίζηλον τῷ βασιλεῖ, ὅπερ διαπωλήσας πρὸς αὐτὸν, ἔλαβον ἂν καὶ τίμημα ἁδρὸν, καὶ ἀπεστάλην εἰς τὰ κατωτικὰ πραίτωρ καὶ ἀναγραφεὺς, καὶ ἔμελλον ἐκεῖθεν ὠφεληθῆναι πάμπολλα· ἢ ἐπηρώτησά τινα κτίσαι μοι οἶκον ἐν τόπῳ εὐαέρῳ καὶ ἐπιτηδείῳ ἐντὸς καίρου τινός· ὁ δὲ οὐκ ἔκτισε*

Urtheile fällen, eingeschärft, zu untersuchen: was in Wirklichkeit die Schuld sei, und hierin den, der als schuldig erscheinen wird, zu verurtheilen; und dem Gegner nicht zu gestatten, sich aus etlichen spitzfindigen Einfällen, Verdrehungen und Listen ohne Ende ein großes und endloses Interesse zu rechte zu machen — damit sie nicht, in derartiges verwickelt, in Verlegenheit gerathen, und außer Stande sind, ein Urtheil hervorzubringen; denn auch die Natur liebt das richtige Verhältniß. Ich habe z. B. gegen jemand in folgender Weise geklagt. Weil du den Peter, der ein Testament machen und mich zum Erben einsetzen wollte, daran verhindert hast, fordere ich von dir das desfallsige Interesse; und ich machte mir dieses zurecht, und brachte es bis in's Unendliche auf folgende Weise: wäre ich zum Erben eingesetzt, so hätte die Erbschaft ein weithin sichtbares und von allen gewünschtes Besitzthum erhalten, sogar für einen König beneidenswerth; diesem hätte ich es verkauft und einen tüchtigen Preis bekommen; und wäre als Prätor und Schreiber in Küstenländer geschickt; und würde von dort aus sehr vielen Gewinn gemacht haben. Oder ich habe mir von jemand ver-

---

[19]) Statt *ἔκθησα* ist wohl zu lesen: *ἐκίνησα*.

καταφρονήσας τὴς ἰδίας ὁμολομίας· καὶ κινήσας κατ᾽ αὐτοῦ ἐζήτουν τὸ ἐντεῦθεν διαφέρον, λέγων· ὅτι εἰ ἐκτίθη μοι ὁ τοιοῦτος οἶκος, ἔμελλον αὐτὸν δοῦναι τῷ βασιλεῖ τῷ ἁγίῳ, καὶ ἐντεῦθεν ὤφειλον[20]) κερδᾶναι πολλὰ· τίμημα ἁδρὸν, πράξεις μεγάλας καὶ πολλάς· θεσπίζει γοῦν ἡ παροῦσα διάταξις καὶ ὑποτίθεται τοῖς δικασταῖς τὰς τοιούτας κατασκευὰς τοῦ διαφέροντος μὴ προςδέχεσθαι, ἀλλὰ σκοπεῖν τὶ τῇ ἀληθείᾳ ἐζημιώθη ὁ ἐνάγων· καὶ εἰς ἐκεῖνο καταδικάζειν τὸν διεγκαλούμενον· ὁπότε καὶ τῇ φύσει ἀκόλουθόν ἐστι, ταύτας μόνον τὰς ποινὰς ἀπαιτεῖσθαι τὰς συμμέτρους, καὶ τὰς ἀπὸ τῶν νόμων ῥητῷ μετρῷ περικλειομένας, ὡς ἡ ἀφανὴς κλοπή· αὕτη γὰρ το διπλοῦν ἀπαιτεῖ τῆς τιμῆς τοῦ κλαπέντος πράγματος· καὶ η ἁρπαγὴ τὸ τετραπλοῦν, συγκειμένου καὶ αὐτοῦ τοῦ ἁρπαγέντος πράγματος· ἢ ἐκίνησα κατὰ τινὸς, λέγων, ὅτι ἀνάρχως ἀφείλου πρᾶγμά μου, καὶ ἐνεμήθης τοῦτο ἐπὶ χρόνοις ἱκανοῖς· καὶ ζητῶ ἀπό σου καρποὺς τοσούσδε, οὓς καὶ ἀνεβίβαζον εἰς ποσὸν ἄπεισον[21]), λέγων. εἰ ἐνεμόμην

sprechen lassen, mir innerhalb einiger Zeit an einem gesunden und passenden Orte ein Haus zu bauen. Der aber uneingedenk seiner eignen Zusagen baute nicht. Ich klagte gegen ihn und forderte das desfallsige Interesse in folgender Weise. Wäre mir das Haus erbaut, so würde ich es dem Könige gegeben haben, dem ehrwürdigen, und möchte von dort her vieles gewonnen haben: einen tüchtigen Preis, große und viele Geschäfte. Die gegenwärtige Verordnung schreibt nun vor und gibt den Richtern unter die Hand: derartige Zubereitungen des Interesse nicht anzunehmen, sondern zu untersuchen, welchen Schaden der Kläger in Wirklichkeit gelitten hat, und hierin den Beklagten zu verurtheilen; da es ja auch der Natur entspricht, daß nur die Strafen gefordert werden, welche verhältnismäßig und von den Gesetzen mit bestimmtem Maße umschlossen sind, wie der heimliche Diebstahl; denn dieser fordert das Doppelte vom Werthe der gestohlenen Sache, und der Raub das Vierfache, indem die geraubte Sache mit drin begriffen ist. Oder ich habe gegen jemand so geklagt. Weil du mir auf unerlaubte Weise meine Sache weggenommen und

[20]) Statt ὤφειλον ist wohl zu lesen: ὤφελλον, oder ὤφελον.

[21]) Statt ἄπεισον ist wohl ἄπειρον zu lesen.

καὶ αὐτὸς τὸ κτῆμά μου, ἐποίουν κατασπορὰν τοσήνδε καὶ ἀπεκόμιζον τοὺς καρποὺς εἰς χώρας ἐχούσας χρείαν αὐτῶν, καὶ ἀλλάτινα τοιουτότροπα· οὐκ ὠφείλει[22]) *ὁ δικαστὴς προσέχειν ταῖς τοιουτοτρόποις κατασκευαῖς τοῦ διαφέροντος· ἀλλὰ ζητεῖν τί τῇ ἀληθείᾳ ἐζημιώθη, καὶ εἰς ἐκεῖνο καταδικάζειν τὸν διεγκαλούμενον· τοῦτο γοῦν ὠφείλει*[22]) *παραφυλάττειν ὁ δικαστής, οὐ μόνον ὅτε ζημίας λόγος ὑπόκειται, ἀλλὰ καὶ ὅτε κέρδος ζητεῖται οἷον λήγατον ἢ δωρεά· καὶ ἐνταῦθα γὰρ τῇ ἀληθείᾳ χρεωστούμενον ὀφείλει προσδικαιοῦν τῷ ἀνάγοντι, καὶ εἴπέρ εστι τὸ ἐξ ὀρθοῦ χρεωστούμενον δῆλον, μὴ ὑπερβαίνειν τὸ διπλοῦν ἐπὶ τῇ ἀπαιτήσει τοῦ διαφέροντος.*

etliche Jahre besessen hast, fordere ich von dir so und so viel Früchte, welche ich auf folgende Weise zu einem Betrag ohne Ende aufsteigen ließ: wenn ich selbst mein Besitzthum besessen, hätte ich so und so viel ausgesäet, und hätte die Früchte in Länder geführt, die Mangel daran litten, u. dgl. m. An solche Zubereitungen des Interesse darf der Richter sich nicht halten, sondern muß untersuchen, wie viel in Wahrheit geschadet ist, und hierin den Beklagten verurtheilen. Dieses aber muß der Richter beachten, nicht bloß, wenn es sich um Schaden handelt, sondern auch wenn Gewinn gefordert wird, wie Legat oder Geschenk. Denn auch in dieser Beziehung muß er dem Kläger das wirklich Geschuldete zuerkennen, und wenn das geradewegs Geschuldete klar ist, hinsichtlich der Beitreibung des Interesse nicht über das Doppelte hinausgehen.

Der Text dieser Erklärung ist gerade nicht sehr correct, wie die beigefügten Anmerkungen zeigen, in welcher Beziehung freilich noch mehr zu thun wäre. Zu Grunde gelegt ist hier der Text, wie ihn die älteste Fabrot'sche Gesammt=Ausgabe der Cujazischen Werke hat. In andern Ausgaben, z. B. der Venetianischen, ist der Text noch incorrecter wiedergegeben. Trotz aller Incorrectheit des Textes ist der Sinn gleichwohl klar.

Zunächst könnte vielleicht auffallen: warum im Eingange nicht besonders hervorgehoben wird, daß wir es hier mit Streitfällen zu thun haben; es ist dort vielmehr allgemein von *συναλλάγμασι*

---

[22]) Statt *ὠφείλει* ist wohl *ὀφείλει* zu lesen.

die Rede. Allein wir müssen bedenken, daß wir hier nur eine Erklärung vor uns haben, und daß in dieser Beziehung die Constitution selber mit ihren sententiis in der Ueberschrift und casibus im Texte deutlich genug sprach. Uebrigens berücksichtigt unsere Erklärung ebenfalls nur Streitfälle. Und daß auch ihr zufolge alles darauf ankommen soll, ob certe oder incerte geklagt ist, dafür sprechen z. B. die Worte: *ἐπὶ δὲ τῶν δοκούντων ἀδήλων καὶ κατὰ πρώτην ὄψιν ἀπόσων*. Denn ob etwas auf den ersten Blick ohne Betrag erscheint: dieser Standpunkt erscheint dem Zusammenhange nach nur einer Klage gegenüber als angemessen, da der erste Blick des Richters eben auf die Klage fällt.

Zu beachten ist der Nachdruck, mit dem hervorgehoben wird, daß stets eine festgegebene Schuld, ein Simplum, vorhanden sein müsse, wenn von Anwendung des ersten Theils unserer Constitution die Rede sein solle. Und zwar wird der bestimmte Geldbetrag in den Vordergrund gestellt, während die certe Natur, *φύσις*, mehr in den Hintergrund tritt. Es heißt in dieser Beziehung:

> *μὴ ὑπερβαίνειν τὸ διπλοῦν τῆς πρωτοτύπως καὶ ἐξ ὀρθοῦ κεχρεωστημένης ποσότητος ἐν πᾶσι τοῖς συναλλάγμασι τὴν ῥητὴν καὶ ὡρισμένην ἔχουσι ποσότητα ἢ φύσιν,*

ferner:

> *ἐπὶ πάντων τῶν ἐχόντων δῆλον καὶ πεποσομένον τὸ ἐξ ὀρθοῦ καὶ πρωτοτύπως χρεωστούμενον·*

endlich:

> *καὶ εἴπερ ἐστι τὸ ἐξ ὀρθοῦ χρεωστούμενον δῆλον.*

Der Erklärer hat also vor allen Dingen die condictio certi generalis in's Auge gefaßt und bestätigt: daß diese Klage da gar nicht zulässig ist, wo es sich um einen Interesseanspruch handelt, der sich an ein *ἐξ ὀρθοῦ καὶ πρωτοτύπως χρεωστούμενον* nicht anlehnt. Also kann zwar die condictio certi generalis an Stelle einer auf's Interesse gehenden actio emti treten, wenn der Kaufpreis bereits bezahlt war, nicht aber wenn der Käufer den Kaufpreis noch in Händen hat. Im letztern Falle muß incert geklagt werden.

Sehen wir uns dann die Beispiele an, welche sich auf den letzten Theil unserer Constitution beziehen, so ist nirgends von einer bestimmten Summe die Rede, sondern so unbestimmt, wie nur möglich, geklagt.

So bestätigt denn diese Erklärung in mehr als einer Beziehung die Ergebnisse, zu denen wir in Betreff unserer constitutio unica bereits früher gelangt sind.

Anderweitig gedruckt habe ich diese Erklärung nicht finden können, und viel weniger vermag ich anzugeben: ob sie überall noch handschriftlich vorhanden ist. Es wäre möglich, daß wir diese Erklärung nur noch im Cujas hätten. Das kann auch weiter nicht auffallen: denn es ist bekannt, daß Cujas manche Handschriften, namentlich auch Griechische besaß, die später wieder verloren gegangen sind [23]).

Wo mag denn Cujas diese Erklärung herhaben?

Cujas selber nennt als seinen Gewährsmann Theodorus Hermopolites und leitet die Erklärung in folgender Weise ein: „Verba autem Theodori in hanc legem haec sunt."

Nun hat allerdings Theodorus aus Hermupolis unter oder nach Tiberius (578—582) einen Codex=Commentar geschrieben [24]). Es wäre also keineswegs unmöglich, daß auch die fragliche Erklärung aus diesem Commentar stammte.

Andererseits hat man aber gerade diesem Theodorus aus Hermupolis vieles zugeschrieben, was gar nicht von ihm herrührt [25]).

Mag aber die vorliegende Erklärung wirklich von Theodorus aus Hermupolis stammen, oder nicht; jedenfalls haben wir die Erklärung eines Griechischen Rechtsgelehrten vor uns, die Beachtung verdient.

Mir ist es am wahrscheinlichsten, daß die fragliche Erklärung ein Basiliken=Scholion ist, vielleicht mit Recht oder Unrecht dem genannten Theodorus zugeschrieben.

Der constitutio unica C. de sententiis 7, 47 entspricht nämlich Bas. IX, 1, 87. Diese Basiliken=Stelle ist uns freilich erhalten, allein ohne die Scholien. Cujas hätte nun sehr wohl vom 9. Buche der Basiliken ein Exemplar mit Scholien besitzen können,

---

[23]) Siehe z. B. Hugo, Geschichte des Römischen Rechts seit Justinian, dritter Versuch, S. 302, 304; derselbe, Civilistisches Magazin, Bd. 3, S. 244, 245; Zachariä v. L. in Richter's Kritischen Jahrbüchern, 1844, S. 1086, 1087.

[24]) Siehe darüber Zachariä v. L. in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 10, S. 61 und 69; derselbe, Anekdota, S. XXXI fgg.; ferner Heimbach, Basiliken, Bd. 6, Prolegomena, S. 80 fgg.

[25]) Zachariä v. L. Anekdota, S. XL fgg. Heimbach, Basiliken, Bd. 6, Prolegomena, S. 178.

aus dem er die fragliche Erklärung entnahm. Für diese Annahme fehlt es auch sonst nicht an Anhaltspunkten.

Es ist nämlich noch ein Brief von Cujas vorhanden aus Turin vom 7. August (wohl 1568) [26]), worin er schreibt:

„J'ay apporté de Venize les 15 premiers libvres des Basiliques: et du 20 jusques au 30 que nul n'avoit encor veues."

Nun hat man bisher geglaubt: die hier erwähnte Basiliken-Handschrift über die ersten 15 Bücher sei der Pariser Codex 1352, allein dieser geht vom 1. bis 18. Buche, 2 Titel, 16 Kapitel [27]). Diese Verschiedenheit hat man dann so zu erklären versucht: daß Cujas die drei letzten Bücher deshalb nicht mitgezählt habe, weil sie verstümmelt seien. Allein dagegen bemerkt Heimbach [28]): daß Cujas dann nur 13 Bücher hätte zählen müssen, da auch das 2. und 6. Buch verstümmelt seien. Heimbach selber erklärt die Zahl 15 in dem fraglichen Briefe für einen Schreibfehler. Diese Annahme ist indes um so bedenklicher, als Cujas die Zahl 15 so gar recht deutlich geschrieben hat, wie man dem Facsimile sehen kann, das die Brüsseler Themis a. a. O. von dem fraglichen Briefe bringt.

Cujas wird einfach über die ersten 15 Bücher der Basiliken eine Handschrift gehabt haben, die uns wieder verloren gegangen ist; und aus dieser mit Scholien versehenen Handschrift könnte möglicherweise unsere Erklärung genommen sein.

So hat sich denn als Inhalt unserer constitutio unica dies ergeben.

Bei certen Klagen, mag nun mit der condictio certi generalis oder in sonstiger Weise certe geklagt werden, wird zwar ein Interesseanspruch neben dem certum geduldet, dieser Interesseanspruch darf aber nicht größer sein, als das certum selber. Ist incerte geklagt, und dies ist besonders dann der Fall, wenn Gegenstand der Klage lediglich ein Interesseanspruch ist, so kommt der Interessebegriff in seiner gewöhnlichen Weise zur Anwendung.

---

[26]) Vgl. hierüber Hugo, Civilistisches Magazin, Bd. III, S. 251; Brüsseler Themis, Bd I, S. 89 fgg.

[27]) Siehe über denselben Heimbach, Basiliken, Bd. 6, Prolegomena, S. 162 fgg.

[28]) a. a. O., S. 163.

Demnach können wir die Entwicklungsgeschichte der Begriffe certum und incertum im Römischen Recht jetzt in folgender Weise vervollständigen.

Von Haus aus scheinen certe und incerte Klagen Gegensätze gewesen zu sein, die sich einander ausschlossen. Man konnte aus einem und demselben Verhältnisse nicht sowohl cert als auch incert klagen, sondern nur entweder cert oder incert.

Die Entwicklung ging dann dahin: daß das incertum sich auf Kosten des certum mehr und mehr ausdehnte, dadurch, daß es dem certum mehr und mehr Gebiet abnahm.

Hierauf beschränkte sich das incertum indes nicht, sondern nistete sich auch auf dem Gebiete des certum in der Weise ein, daß es sich als incertes y, z. B. als incerter Interesseanspruch, dem certen x anhängte.

Andererseits suchte sich aber wieder das certum auf dem Gebiete des incertum geltend zu machen. Es entstand der Satz: daß jeder Gläubiger, auch wenn ihm an sich nur eine incerte Klage zustand, mittelst condictio generalis sollte certe klagen können, dummodo praesens sit obligatio [29]).

Die letztere Voraussetzung schließt eigentlich den Interesseanspruch aus. Justinian läßt ihn indes als Nebenanspruch bei dieser Klage zu. Und so konnte sich sowohl bei der condictio certi generalis als bei einer certen Specialklage der Interesseanspruch als incertes y anhängen. Jedoch sollte dieser Nebenanspruch den Hauptanspruch nicht überschreiten dürfen.

Ein ähnliches Wahlrecht, wie der Gläubiger, dem von Haus aus eine incerte Klage zustand, hatte aber nicht der, dessen Klage eine certe war. Dieser konnte nicht auch incert, sondern nur cert klagen. Vgl. fr. 24 R. C. 12, 1. — Ulpianus.

> Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

Fragen wir nun: welche Bewandtnis es mit der Gültigkeit unserer Constitution im heutigen Rechte habe — so ist vor allen Dingen auf einen großen Unterschied zwischen unserer heutigen Klag-

---

[29]) Vgl. über diese Entwicklung oben § 93.

bitte und der Römischen Intentio aufmerksam zu machen, den unsere Processualisten freilich kaum anzudeuten pflegen. So z. B. begnügt sich Wetzell [30]), wo er darlegt, daß die heutige Klagbitte den Klaganspruch nach allen Seiten hin genau bezeichnen müsse, damit: diesen Satz unter anderm auch durch Stellen aus dem Corpus juris civilis zu stützen — ohne für die in dieser Beziehung zwischen heutigem und Römischem Rechte obwaltende Verschiedenheit auch nur ein Wort übrig zu haben.

Der Römischen Intentio, sei es nun mit oder ohne Demonstratio, entspricht nämlich die heutige Klagbitte. Denn vom Römischen Kläger konnte nicht mehr verlangt werden, als daß er die Angaben machte, welche zur Abfassung der Formel erforderlich waren. Nach Römischem Recht gab es eine certe und incerte Intention; ebenso gibt es auch heutzutage eine bestimmte und unbestimmte Klagbitte. Aber während nach Römischem Recht die incerte Intention ein weites Gebiet umfaßte, und der certen Intention ebenbürtig gegenüber stand, darf sich heutzutage der Kläger einer unbestimmten Klagbitte nur ganz ausnahmsweise bedienen. Nämlich nur da, wo es gar nicht anders geht, und nur so weit es gar nicht anders geht, darf heutzutage ein Kläger mit einer unbestimmten Klagbitte auftreten. Z. B. bei der actio finium regundorum. Oder es klagt jemand auf Herausgabe einer Erbschaft, weiß aber nicht, wie groß dieselbe ist. Und selbst in diesem Falle muß der Kläger in der Klage angeben, auf welche Weise die Unbestimmtheit gehoben werden soll: also z. B. daß der Beklagte auf Grund eines von ihm zu errichtenden Inventars, oder auf Grund eidlicher Specification die Erbschaft herausgeben solle.

Was insonderheit unsern Interesseanspruch anbetrifft, so wird man in dieser Beziehung für das heutige Recht von folgendem Grundsatz auszugehen haben. Der Kläger hat hier nur nöthig, die Größe seines Anspruches so weit darzulegen, als er hierzu im Augenblicke der Klage im Stande ist; und kann sich im übrigen Liquidation vorbehalten.

Aus diesem Grunde wird, wo den Gegenstand einer Klage lediglich das Interesse bildet, etwas Liquidation stets erfordert werden müssen; denn jeder, der beschädigt zu sein behauptet, ist in der Lage, seinen Schaden wenigstens theilweise zu specificiren. Zu weit geht in dieser Beziehung das Rostocker Oberappellationsgericht, welches den Vorbehalt

---

[30]) Civilproceß, erste Auflage, S. 785, zweite Auflage, S. 884 u. 102.

der Liquidation nur bei den sogenannten accessoria litis gestattet[31]); also da, wo das Interesse den Gegenstand einer Hauptklage bildet, stets vollständige Liquidation verlangt. Dies wird sich in dieser Strenge nicht durchführen lassen, namentlich in Bezug auf den Schaden nicht, der von der Klage aus zukünftig liegt, und den ein heutiger Richter doch auch in's Auge zu fassen hat[32]). Mindestens müßte man dann bei solchen Klagen zwischen einem Haupt- und Nebeninteresse[33]) unterscheiden, und in Bezug auf das Nebeninteresse nachträgliche Liquidation zulassen. Das ist freilich richtig, daß, wo das Interesse den Gegenstand einer Nebenklage bildet, der Vorbehalt der Liquidation unbedingt gestattet wird[34]). Dies ist indessen kaum eine Ausnahme von unserm Princip. Denn indem die Praxis hier den Vorbehalt der Liquidation ohne weiteres zuläßt, spricht sie nur aus: daß Haupt- und Nebenklage getrennt und nach einander zu verhandeln sind. Dies ist um so angemessener, als von einem Nebenanspruche nur dann die Rede sein kann, wenn der Kläger mit seinem Hauptanspruche durchdringt. Kommt es dann aber wirklich zu einem Verfahren über die Nebenklage, so muß hier wieder gerade so genau specificirt werden, wie da, wo das Interesse den Gegenstand einer Hauptklage bildet.

Die Grenzlinie zwischen certum und incertum ist also heutzutage eine wesentlich andere, wie nach Römischem Recht. Die heutige Klagbitte muß einerseits so bestimmt sein, wie es den Umständen nach irgend angeht. Andererseits ist darum ein unbestimmter Anspruch noch nicht klaglos. So weit ein Anspruch sich zur Zeit der Klage noch nicht genau bestimmen läßt, wird er vorläufig als unbestimmter geltend gemacht.

Während also die Begriffe certum und incertum nach Römischem Rechte eigentlich nie recht zu Ruhe gekommen sind, und die Lösung, welche Justinian in dieser Beziehung versucht hat, keineswegs eine glückliche genannt werden kann, jedenfalls unsern heutigen Anschauungen nicht entspricht; haben im heutigen Proceßrecht beide Begriffe sich genau das Gebiet erobert, welches jedem von beiden natur-

---

[31]) Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. III, S. 99.

[32]) Siehe Bd. I, S. 349.

[33]) Siehe über diese Begriffe oben S. 536.

[34]) Buchka und Budde, a. a. O., Bd. II, S. 76.

liche Leistung, wenn auch zu spät, so doch erfolgt ist; und daß es sich lediglich um den Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung handelt.

In diesem Falle kann von Anwendung der ersten Hälfte unserer Constitution keine Rede sein, da es an einem certum fehlt, oder wie v. Vangerow sagt, an einem Simplum, dessen Verdoppelung für den erkennenden Richter eine Schranke abgeben könnte.

Oder die ursprüngliche Leistung ist noch nicht beschafft. Wenn der Gläubiger dann die ursprüngliche Leistung und daneben gleichzeitig Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung einklagt, so haben wir allerdings für den erkennenden Richter anscheinend überall ein der Verdoppelung fähiges Certum. Allein ein solches certum, wie es unsere Constitution voraussetzt, eine quantitas, eine Geldsumme, doch nur bei Geldleistungen. Und ist es ferner nöthig, daß der Gläubiger diesen Weg betritt? Er kann ja seinen Anspruch theilen, und sich zuvörderst auf seinen Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung beschränken. Dann fehlt es aber selbst bei Geldleistungen an einem certum, dessen Verdoppelung für den erkennenden Richter eine Schranke abgeben könnte.

So wären wir denn zunächst so weit gekommen, daß für einen Gläubiger, der einen Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verfolgen will, welcher den Werth der ursprünglichen Leistung übersteigt, selbst bei Geldleistungen nur ein wenig Vorsicht dazu gehört, um jegliche Collision mit dem Anfange unserer Constitution zu vermeiden.

Daneben mag noch bemerkt werden: daß Justinian bei Erlaß unserer Constitution an Fälle der fraglichen Art kaum gedacht haben wird, da das Römische Recht bei reinen Geldleistungen den Interesse-anspruch nur sehr ausnahmsweise zugelassen hat.

Mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verhält es sich übrigens ähnlich. Setzen wir einen Fall, wo ein Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen will. Hier ist ein certum nur dann vorhanden, wenn der Käufer den Kaufpreis bereits im voraus bezahlt hatte. Und selbst in diesem Falle kann er die Anwendbarkeit der ersten Hälfte unserer Constitution durch ein wenig Vorsicht vermeiden, indem er zunächst nur seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, den im voraus gezahlten Kaufpreis aber erst nachträglich zurückfordert.

Man wird vielleicht einwenden wollen: in den angegebenen Fällen, wo der Anspruch getheilt werde, sei doch immer ein certum vorhanden,

wenn es auch nicht gerade miteingeklagt wäre; und dieses, wenn auch nicht miteingeklagte Certum könnte sich der Richter bei Abfassung des Erkenntnisses ja immerhin zur Richtschnur dienen lassen. Allein ein Richter hat sich um das zu kümmern, was in dem einzelnen Rechtsstreite, den er durch ein Urtheil zum Abschluß bringen soll, vorgebracht worden; das Weitere geht ihn nichts an.

Ferner spricht unsere Constitution in ihrem Anfange lediglich von Streitfällen, qui certam habent quantitatem vel naturam, also von Streitfällen, in denen nicht bloß ein Interesseanspruch, sondern daneben ein certum eingeklagt ist. Streitfälle, in denen es sich nur um einen Interesseanspruch handelt, liegen außer dem Bereiche der ersten Hälfte unserer Constitution. Justinian will in dieser Constitution den Richtern Anleitung geben, wie sie sich bei Erkenntnissen über den Interesseanspruch zu benehmen hätten; und wenn er in dieser Beziehung in der ersten Hälfte sagt: das Interesse dürfe die dupli quantitas nicht überschreiten — so hat diese Vorschrift nur für solche Processe Sinn, wo neben dem Interesse ein certum eingeklagt wurde. Das ist eben der große Irrthum, in dem man sich bisher dieser Constitution gegenüber befunden hat, daß man sie sich nicht von der processualischen Seite aus betrachtete.

Uebrigens befand sich ein Römischer Gläubiger in den meisten Fällen in einer ähnlichen Lage, wie ein heutiger, und hatte es hier sogar noch bequemer, weil er seinen Anspruch gar nicht einmal zu theilen brauchte. Nämlich bei allen incerten Obligationen hatte der Gläubiger es nach Justinian'schem Rechte in Gemäßheit von fr. 9 pr. R. C. in seiner Wahl: ob er cert oder incert klagen wollte. Stellte er aber die incerte Klage an, so kam nicht die erste Hälfte unserer Constitution zur Anwendung, sondern die zweite.

Nun ist freilich das Wahlrecht zwischen certer und incerter Klage heutzutage weggefallen, da die Begriffe cert oder incert im heutigen Proceßrecht die ihnen naturgemäß zukommenden Gebiete einnehmen. Da wir aber heutzutage dem Gläubiger ein entsprechendes Wahlrecht dadurch verschaffen können: daß wir den incerten Interesseanspruch von der ursprünglichen Leistung ablösen, und besonders einklagen lassen — werden wir von dieser Befugnis um so lieber Gebrauch machen wollen, als sonst ja der heutige Gläubiger in manchen Fällen wesentlich schlechter dastehen würde, als der Römische.

Es entsteht freilich noch die Frage: ob es denn überhaupt an=

geht, daß ein Interesseanspruch besonders eingeklagt werde? Allein daß dies bei dem Interesseanspruch, den die einfache Mahnung zu Wege bringt, heutzutage gegründeten Bedenken nicht unterliegen kann; daß der Gläubiger sich wenigstens nicht in eine Lage drängen zu lassen braucht, wo ihm dies unmöglich wird: davon werde ich unten [35]) noch näher handeln.

Wenn es denn aber wahr ist, daß jeder Gläubiger durch ein wenig Vorsicht die Anwendbarkeit der ersten Hälfte unserer Constitution vermeiden kann, so entsteht die weitere Frage: ob es denn überall noch Sinn hat, den in der ersten Hälfte dieser Constitution enthaltenen Rechtssatz als Bestandtheil des heutigen Rechtes zu behandeln? Denn daß ohne Noth aus einer Rechtssache zwei gemacht werden, damit kann doch weder dem Gläubiger, noch dem Schuldner, noch dem Gerichte gedient sein.

Bei dieser Gelegenheit taucht die Frage auf: was wohl einen Römischen Gläubiger, der einen Interesseanspruch verfolgen wollte, veranlaßt haben mag, sich der condictio certi generalis statt einer incerten Klage zu bedienen? In dieser Beziehung ist zu beachten, daß Justinian nur für die incerten Klagen den Richtern einschärft: es mit dem Interessebegriff recht genau zu nehmen. Daraus folgt mittelst argumentum a contrario, daß sie dies bei den certen Klagen nicht nöthig hatten. Hier wird also der Interessebetrag bis zum Belauf des Doppelten mit einer gewissen Leichtigkeit bewilligt sein, was auch mit Römischen Anschauungen der früheren Zeit durchaus in Einklang steht.

Ein Römischer Gläubiger, der demnach seinen Interesseanspruch nicht zu weit ausdehnen wollte oder konnte, hatte also einen doppelten Vortheil, wenn er ihn neben einer certen Klage verfolgte: hier wurde es einerseits mit dem Nachweise nicht so streng genommen, und andererseits erhielt er hier in Folge dessen leicht mehr, als ihm streng genommen zukam, wenn nämlich sein Vermögensschaden nur geringfügig gewesen war.

Von alle dem ist heutzutage keine Rede mehr. Heutzutage wird es mit dem Nachweise des Interesse überall strenge genommen, und namentlich wird dasselbe nie und nirgends bis zum Belaufe des Doppelten mit einer gewissen Bereitwilligkeit zugestanden.

Soweit also, als die erste Hälfte unserer Constitution dem Gläu=

---

[35]) Vgl. namentlich § 98.

biger Vortheile darbietet, ist sie entschieden unpractisch. Nun würde es sich aber doch gar seltsam ausnehmen, wenn sie bloß soweit ein Bestandtheil des geltenden Rechtes sein sollte, als sie den Gläubiger benachtheiligte.

Ich sagte: in den meisten Fällen hätte ein Römischer Gläubiger die Wahl gehabt, ob er einen Interesseanspruch mit incerter oder neben certer Klage verfolgen wollte. Es verdienen jetzt noch die seltenen Fälle Beachtung, wo dem Römischen Gläubiger ein solches Wahlrecht nicht zustand. Es waren dies die Fälle, wo sich der Interesseanspruch einer certen Specialklage zugesellte: was sich in späterer Zeit bei der condictio auf res certa von der Litiscontestation an [36]), und bei der condictio furtiva des Eigenthümers von ihrer Entstehung an [37]) zutrug. In Fällen dieser Art konnte allerdings nicht incert geklagt werden [38]).

War es denn hier vielleicht möglich, den Interesseanspruch, als das incertum, vom certum abzulösen, und für sich, etwa vor dem certum, einzuklagen? Bei der condictio auf res certa entschieden nicht, da hier der Interesseanspruch erst mit der Litiscontestation begann. Und ob man sich bei der condictio furtiva dazu entschlossen haben wird, eine Ablösung des Interesse zuzulassen: ist mir mindestens bedenklich — da hier ja dem Eigenthümer die actio furti zustand, mit der er ohnehin schon mindestens den doppelten Werth der gestohlenen Sache als losgelöstes Interesse geltend machen konnte.

Sonach wäre es gerne möglich, daß nach Römischem Recht, sofern sich ein Interesseanspruch mit certen Specialklagen verknüpfte, eine Loslösung und besondere Einklagung dieses Interesseanspruches nicht zugelassen wurde. Dieser Interesseanspruch konnte also dem Anfange unserer Constitution nicht entgehen.

Nun möchte jemand so folgern wollen. Wo sich nach Römischem Rechte ein Interesseanspruch einer certen Klage zugesellte, konnte er nicht für sich eingeklagt werden, also muß dies auch heutzutage so sein.

Allein bei dieser Schlußfolgerung wäre übersehen: daß unsere heutigen Proceßeinrichtungen wesentlich andere sind, als die Römischen, und namentlich das heutige processuale Certum ein ganz ander Ding,

---

[36]) fr. 31 pr. R. C. 12, 1; fr. 39 § 1 Leg. I.
[37]) fr. 3 de cond. furt. 13, 1.
[38]) fr. 24 R. C. 12, 1.

als das Römische. Das heutige processuale Certum bildet die Regel, dem gegenüber sich das Incertum als die geduldete Ausnahme verhält; während nach Römischem Recht sich certum und incertum ebenbürtig einander gegenüber standen. Andererseits ist es uns heutzutage eine ganz geläufige Vorstellung, neben einem processualen certum einen Interesseanspruch zu verfolgen; während nach Römischer Anschauung der Interessebegriff neben einem certum wie ein Fremdling erschien, der hier nicht recht gedeihen wollte, und den daher auch Justinian hier nicht zu voll anerkennt.

Weil aber unser heutiges processuale certum ein ganz anderes Ding ist, als das Römische; so duldet es auch nicht so ohne weiteres die gleiche Behandlung. Für unsere heutigen Obligationen sind im allgemeinen überhaupt nicht die strengrechtlichen Römischen, sondern die gutgläubigen Römischen maßgebend. Und darin liegt eben der Fehler, den man sich bei Anwendung unserer Constitution hat zu Schulden kommen lassen: daß man in diesem einen Falle ausnahmsweise unsere heutige Obligation mit strengrechtlichem Maße hat messen wollen. Die Sache liegt vielmehr so.

Unsere heutige Obligation muß, wie im allgemeinen überhaupt, so auch hier, nach Maßgabe der gutgläubigen Römischen behandelt werden. Nun fehlte es aber einem Gläubiger aus Römischer gutgläubiger Obligatio, der einen Interesseanspruch geltend machen wollte, durchaus nicht an einem Mittel, zu seinem vollen Interesse zu gelangen: er brauchte nur incert zu klagen. Zwar ist das incerte Klagen in dem Maße wie nach Römischem Rechte heutzutage nicht mehr statthaft. Andererseits liegt aber nicht der mindeste Grund vor, einen incerten Interesseanspruch nicht im ganzen Umfange neben einem heutigen certum zuzulassen: da unser processuales certum sich mit einem Interesseanspruch sehr wohl verträgt, und es nur auf diese Weise möglich wird, — wenn man überflüssige Weiterungen durch getrennte Einklagung des certum und incertum in zwei besonderen Processen vermeiden will — einen heutigen Gläubiger wenigstens nicht schlechter zu stellen, als einen gutgläubigen Römischen.

So behaupte ich denn nicht bloß: daß der heutige Werth, den der Anfang unserer Constitution in Anspruch nehmen darf, legislatorisch betrachtet, gleich Null ist — sondern auch: daß von heutiger Anwendung, sofern es sich wenigstens um einen Interesseanspruch handelt, den eine Mahnung hervorrief, keine Rede mehr sein kann.

§ 96.
Geltendmachung der Mahnungswirkungen. Surrogatklage und Nebenklage.

Die Nichtbeachtung der Mahnung ist ein Anwendungsfall des negativen Civilunrechts. Der Schuldner, welcher eine Mahnung unbeachtet läßt, fügt dadurch dem Gläubiger Civilunrecht zu. Damit dieses Civilunrecht gesühnt werde, verleiht das Recht dem Gläubiger den Civilzwang, den derselbe in der Gestalt der Klage anruft, sofern er nicht in der Lage ist, sich schon durch Einrede schützen zu können.

Bestände die Verschiebung des Rechtsbestandes bei der nichtbeachteten Mahnung lediglich darin, daß der vom Recht geforderte Zustand nicht herbeigeführt worden; so würde die Aufgabe des Rechts sich darauf beschränken müssen, durch Anwendung des Civilzwanges den geforderten Zustand herbeizuführen. Da wir es aber hier mit dem Begriffe Zeit zu thun haben, wird sich dieser geforderte Zustand in vollem Umfange nie wieder herbeiführen lassen. Denn eine Zeit, die verflossen, ist ein für alle Mal unwiderruflich verloren.

Deshalb beschränkt auch das Recht den Gläubiger nicht auf die Befugnis, durch Anwendung des Civilzwanges, soweit dies überall möglich, den geforderten Zustand herbeizuführen, sondern verleiht ihm diesen Civilzwang außerdem zu mancherlei andern Dingen. Und diese mancherlei andern Dinge sind eben die Wirkungen der Mahnung, mit denen wir uns in diesem Abschnitte beschäftigt haben.

Die Wirkungen der Mahnung bestehen entweder darin, daß an die Stelle der ursprüglichen Leistung eine andere tritt; oder zu der ursprüglichen Leistung, soweit dieselbe noch möglich, sich eine Nebenleistung gesellt. Im einen Falle erhält der Gläubiger für die ursprüngliche Leistung in ihrer Ganzheit eine Surrogat-Leistung, im andern Falle nur für einen Theil der ursprünglichen Leistung. In ersterer Beziehung denke man z. B. an den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in letzterer Beziehung an den Anspruch auf Mahnungszinsen. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist in seinem Verhältnis zur ursprünglichen Leistung eine selbständige Surrogat-Leistung, die Mahnungszinsen sind eine Neben-Surrogat-Leistung. Die erstere nenne ich schlechtweg die Surrogatleistung, die zweite schlechtweg die Nebenleistung.

In letzterer Hinsicht lehne ich mich an den herrschenden Sprachgebrauch an, der ebenfalls nur schlechtweg von einer Nebenleistung spricht. Darum darf man nur nicht übersehen, wie freilich häufig geschieht: daß diese Nebenleistung ebenfalls eine Surrogat-Leistung für einen Theil der ursprünglichen Leistung darstellt. Man denke sich z. B. einen Schuldner, der am 10. Januar 1872 hundert zu bezahlen hatte, statt dessen aber erst am 10. Januar 1873 zahlt. Oberflächlich betrachtet, verschafft freilich dieser Schuldner am 10. Januar 1873 seinem Gläubiger die ursprüngliche Leistung von 100. Allein genau genommen war dieser Schuldner doch verpflichtet, seinem Gläubiger vom 10. Januar 1872 an die Benutzung der 100 zu verschaffen; und da er erst am 10. Januar 1873 gezahlt, so hat er damit den Gläubiger um ein Nutzungsjahr gebracht. Und wenn nun das Recht einem solchen Gläubiger hierfür einen Anspruch auf 5 gewährt, so sind diese 5 ein Surrogat für das nicht geleistete Nutzungsjahr.

Meistens freilich denkt man sich die Nebenleistung als einen Zuwachs zur alten Obligation; und für diese Auffassung kann man sich sogar auf's Corpus juris berufen [1]), obwohl es hier doch andererseits auch heißt: et tempore minus solvitur [2]). Auch hat die Auffassung der Nebenleistung als eines Zuwachses, obwohl sie ungenau, den Vorzug einer gewissen practischen Bequemlichkeit. Man faßt dann die ursprüngliche Leistung vom Standpunkte ihrer Erzwingbarkeit in's Auge. Erzwingbar ist aber nicht, daß eine Leistung genau zu der Zeit, wo der Schuldner dazu verpflichtet war, sondern nur, daß sie später beschafft werde. Denn der Civilzwang stellt sich erst dann ein, wenn die Obligation sich bereits in einem krankhaften Zustande befindet: er beseitigt dann solche Obligationen, verhindert aber keineswegs das Vorkommen von krankhaften Obligationen. Man denkt sich also dann die ursprüngliche Leistung nicht als eine dem Zeitgesetz unterworfene, sondern gleichsam als eine von diesem unabhängige Handlung. Man denkt so: hundert sind hundert, einerlei, ob sie am 10. Januar 1872 oder 1873 bezahlt werden, und was an Mahnungszinsen oder sonst wie hinzukommt, ist Zuwachs. Diese Vorstellung hat, wie gesagt, den einer gewissen practischen Bequemlichkeit, und ich will daher den einmal bestehenden Sprachgebrauch auch keineswegs umstoßen;

---

[1]) Vgl. oben S. 218, 219.

[2]) fr. 12, § 1, V. S. 50, 16. Vgl. dazu Bd. I, S. 67.

ich habe mich vielmehr selber demselben in meiner Ausdrucksweise mehrfach angeschlossen. Das kann auch weiter keine nachtheiligen Folgen haben, wenn man dabei nur nicht übersieht: daß diesem Sprachgebrauch, genau genommen, eine unrichtige Vorstellung zu Grunde liegt.

Diesem allem zufolge haben wir es hier denn mit drei verschiedenen Leistungen zu thun, die ich ursprüngliche Leistung, Surrogatleistung und Nebenleistung genannt habe. Und dem entsprechend ist in Bezug auf dieses Dreierlei auch eine Klage möglich, je nachdem ihr Ziel die ursprüngliche Leistung, oder eine Surrogatleistung, oder eine Nebenleistung ist.

Die herrschende Meinung nimmt nun an: daß diese Klage nach allen drei Richtungen stets eine und dieselbe sei. Allein diese Ansicht bedarf näherer Prüfung, und zwar ist meines Erachtens bei dieser Frage das entscheidende Merkmal: ob die Ansprüche, welche klagend geltend zu machen sind, auf einem verschiedenen Grund beruhen, oder nicht. Denn es scheint, wenigstens vom Standpunkte des heutigen Proceßrechtes aus betrachtet, naturgemäß zu sein: daß Ansprüchen, deren Entstehungsgrund ein verschiedener, auch eine Verschiedenheit der Klagen entspreche.

In dieser Beziehung fällt nun sofort ein großer Unterschied in die Augen zwischen der ursprünglichen Leistung und den Wirkungen der Mahnung. Die ursprüngliche Leistung war bereits vor der Mahnung vorhanden, die anderweitigen Ansprüche sind hingegen erst durch die Mahnung hervorgerufen: sie sind eine Folge des Civilunrechts, während das Civilunrecht die ursprüngliche Leistung zu seiner Voraussetzung hat.

Haben aber die Mahnungswirkungen einen wesentlich andern Entstehungsgrund, als die ursprüngliche Leistung; so wird man auch für sie besondere Klagen anzunehmen haben. Denn jeder neue Entstehungsgrund bringt eine neue Obligation hervor. Habe ich aber eine neue Obligation, die ich klagend geltend machen kann, so habe ich damit auch eine neue Klage.

Das Civilunrecht, um das es sich handelt, soll nämlich in doppelter Weise wieder gut gemacht werden: nicht bloß durch die Klage in Bezug auf den alten Anspruch, sondern auch durch neue Ansprüche — und diese neuen Ansprüche bedingen wieder neue Klagen.

Dieser Satz ergibt sich noch auf folgende Weise.

Gesetzt das Recht hätte mit der Mahnung keine Wirkungen ver=

knüpft, so würde eine Klage, welche die schuldige Leistung vom Schuldner erzwang, ihre Schuldigkeit gethan, und sich damit abgenutzt haben. Sollte dies sich nun anders verhalten, nachdem das Recht der Mahnung Wirkungen beilegte, und damit neue Ansprüche für den Gläubiger schuf? Ist es nicht eine weit richtigere und natürlichere Vorstellung: diesen neuen Ansprüchen auch neue Klagen beizulegen?

Und um Annahme einer besondern Klage kommt man am allerwenigsten in dem Falle hinweg, wo in Folge nichtbeachteter Mahnung an Stelle der ursprünglichen Leistung eine Surrogatleistung tritt: man denke an die perpetuatio obligationis und den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Ich nenne diese Klage die Surrogatklage.

Denn es ist doch ein wesentlich anderer Anspruch und eine wesentlich andere Klage: ob ich z. B. von jemand Erfüllung eines Kaufvertrages verlange; oder ob ich von Erfüllung dieses Kaufvertrags nichts mehr wissen will, und statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehre.

Ebenso verhält es sich mit der Römischen perpetuatio obligationis. Denn es ist doch ein wesentlich anderer Anspruch und eine wesentlich andere Klage: ob ich von jemand eine Leistung verlangen kann, so lange eine betreffende Sache existirt; oder dann, wenn die betreffende Sache untergegangen ist. Obwohl dieser Unterschied im Römischen Recht weniger in die Augen fällt, weil auch im ersteren Falle die Verurtheilung stets in Geld erfolgte. Ueberhaupt fehlt es den Römern bei Nichtgeldleistungen fast durchgehends an unserer heutigen Erfüllungsklage, da sie in ihren Urtheilen immer gleich alles in Geld abschätzten.

In Bezug auf diese perpetuatio obligationis ist bereits Donell[3]) der hier vertretenen Auffassung ganz nahe gekommen, wenn er in dieser Beziehung von einer Klage spricht, die dem Gläubiger aus Veranlassung der Mora durch richterliche Befugnis erworben werde „ut mora a debitore facta per occasionem ejus morae statim creditori quaeratur actio potestate judicii.“

Aehnlich verhält es sich mit der Contractsculpa, wo freilich mancherlei Unterscheidungen zu machen wären. Ich beschränke mich

---

[3]) ad tit. V. O. ad l. 91, § 3, Nr. 7, Opp. omn. Tom. XI, Sp. 1385.

darauf, dies an folgendem Fall zu zeigen. Ich habe jemand eine Sache geliehen, dieselbe ist untergegangen. Kann nun der Commodatar nachweisen, daß die Sache durch Zufall und ohne sein Verschulden unterging [4]), so hat die ursprüngliche Leistung ihr Ende gefunden. Kann er diesen Nachweis nicht beibringen, so ist es mit der ursprünglichen Leistung freilich auch vorbei; an Stelle derselben ist indes eine Surrogatleistung getreten, die ich mit der Surrogatklage geltend zu machen habe. Und noch deutlicher tritt die Natur dieser Surrogatklage da hervor, wo, wie bei der actio depositi, wenigstens nach der Ansicht angesehener Schriftsteller [5]), der Gläubiger den dolus oder die culpa lata zu beweisen hat.

Auch sagt ja in Bezug auf die perpetuatio obligationis, mag sie nun auf Mahnung oder Contractsculpa beruhen, Paulus ausdrücklich, daß wir es hier mit einem ganz neuen Klagegrund zu thun haben, wenn es bei ihm fr. 91, § 6 V. O. heißt: Effectus hujus constitutionis ille est, ut adhuc homo peti potest.

Aber nicht bloß, wo an die Stelle der ursprünglichen Leistung eine Surrogatleistung tritt, haben wir für unsere Mahnung eine besondere Klage anzunehmen; sondern auch da, wo nur Nebenforderungen entstehen. Denn die ursprüngliche Hauptklage ist abgenutzt, sobald sie die ursprüngliche Leistung geltend gemacht hat. Doch kann einer Nebenforderung nie eine Hauptklage, sondern nur eine Nebenklage entsprechen.

Diese Nebenklage ergibt sich auf folgende Weise.

Die wesentlichen Bestandtheile einer heutigen Klage sind: der Rechtsgrund, die Geschichtserzählung und die Klagebitte. Die Klagebitte ist die aus dem Rechtsgrunde und der Geschichtserzählung gebildete Schlußfolgerung. Klage ich nun z. B. ein Darlehen von 100 ein, so bildet das Hingeben des Darlehens die Geschichtserzählung; der Rechtssatz: daß ein Darlehen zurückgezahlt werden muß — den Rechtsgrund; und daran setzt sich dann als Schlußfolgerung: die Klagbitte auf 100. Will ich außer den 100 auch Mahnungszinsen haben, so bedarf ich hierzu einer besondern Geschichtserzählung: daß die Mahnung erfolgte — eines besondern Rechtssatzes: daß die Mahnung

---

[4]) fr. 9, § 4, Loc. 19, 2; c. 5, C. de pign. act. 4, 24.

[5]) Hasse, Die Culpa des R. Rts., § 57, zweite Aufl., S. 177—180. Wetzell, Civilproceß, § 16, Anm. 9, dritte Auflage, S. 152.

einen Anspruch auf Zinsen erzeuge — und eine daraus als Schlußfolgerung sich ergebende Klagbitte auf Mahnungszinsen. Es liegen also in der That die Bestandtheile für zwei Klagen vor.

So erhalten wir denn für die Wirkungen unserer Mahnung zwei Klagen: eine Surrogatklage und eine Nebenklage.

Die herrschende Meinung, wie bereits angegeben, geht dahin: daß die Wirkungen der Mahnung mit derjenigen Klage, welche aus der Hauptobligation entspringe, geltend gemacht werden müßten. Die Schriftsteller, welche diese Ansicht vertheidigen, haben sich indes einentheils nicht recht klar gemacht: was unter der Klage aus der Hauptobligation zu verstehen sei — andererseits erbieten sie sich zu manchen Zugeständnissen[6]).

Auch Mommsen[7]) hat sich der herrschenden Ansicht angeschlossen. Die von diesem Schriftsteller aufgestellten Sätze stehen indes zu der von ihm vertheidigten Auffassung theilweise in grellem Widerspruch, wie jetzt näher nachgewiesen werden soll.

Mommsen sagt S. 254, 255:

„Nach der allgemeinen Regel, daß die casuelle Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner befreit, müßten wir annehmen, daß die Klage aus der Obligation alsdann aufgehoben würde, wenn das nach der Mora eingetretene Ereigniß den Gegenstand der Obligation auch im Fall einer rechtzeitigen Leistung betroffen hätte. In der That wird auch nach dem neuern Römischen Recht wenigstens bei den freien Klagen in diesem Falle kein Anspruch auf den geschuldeten Gegenstand selbst anerkannt. Die Klage wird hier jedoch als eine reine Interessenklage auf Erlangung des Preises, welchen der Käufer durch einen rechtzeitigen Verkauf hätte erlangen können[8]), zugelassen. Ferner werden wir, auch wenn ein Verkauf nicht möglich war, die Klage auf Erstattung der Früchte und sonstigen Vortheile, welche der Gläubiger im Fall einer rechtzeitigen Leistung bis zu dem Eintreten des casuellen Ereignisses aus dem geschuldeten Gegenstand

---

[6]) Siehe Glück, Erläuterung, Bd. 4, S. 428—431, Bd. 21, S. 63 fgg. und die von diesem angeführten Schriftsteller; Thibaut, Pandekten, § 103. Vgl. auch Seuffert's Archiv, Bd. 7, Nr. 14; Bd. 8, Nr. 117.

[7]) a. a. O. S. 253—255.

[8]) In sachlicher Beziehung stimme ich hier freilich nicht mit Mommsen überein, siehe darüber oben § 65, S. 45 fgg.; darauf kommt indes bei der vorliegenden Frage nichts an.

hätte ziehen können, zulassen müssen. Es liegt kein Grund vor, weshalb durch das spätere Eintreten der Unmöglichkeit der Leistung dieser Anspruch dem Gläubiger entzogen werden sollte. Da aber keine besondere Klage durch die Mora begründet wird, so kann der Gläubiger den erwähnten Anspruch nur durch die Klage aus der Obligation selbst geltend machen."

Mommsen stellt hier zunächst den ganz richtigen Satz auf: daß die ursprünglich geschuldete Leistung jedenfalls dann aufgehört habe, zu sein, wenn eine nach der Mahnung eingetretene casuelle Unmöglichkeit auch bei rechtzeitiger Leistung den Gläubiger betroffen hätte. Ist aber die ursprünglich geschuldete Leistung nicht mehr vorhanden, so ist auch die Klage, welche zu ihrer Geltendmachung dienen konnte, weggefallen. Diese Folgerung zieht Mommsen ebenfalls. Jedoch, meint Mommsen, wird hier unter Umständen eine reine Interesseklage gegeben, wenn nämlich — so ist die richtige Ansicht — der Gläubiger nachweisen kann, daß er bei rechtzeitiger Leistung verkauft hätte. Diese reine Interesseklage hat aber eine ganz andere Leistung, als die ursprüngliche, eine Leistung, die auf einem ganz andern Entstehungsgrunde beruht, zu ihrer Voraussetzung. Folglich, sage ich, ist dies auch eine ganz andere Klage, als die ursprüngliche. Unmöglich können nach heutigem Proceßrecht zwei Klagen, die sich in ihren Voraussetzungen gegenseitig ausschließen, eine und dieselbe Klage sein. Man denke sich: ein Schlachter habe sich von einem Gutsbesitzer ein Kalb gekauft. So lange das Kalb lebt, hat er die Kaufsklage. Ist das Kalb nach der Mahnung gestorben, so hat er die reine Interesseklage. Die eine Klage hat also das Vorhandensein des Kalbes, die andere dessen Nichtvorhandensein zu ihrer Voraussetzung: das müssen doch zwei verschiedene Dinge sein.

Mommsen meint ferner: es liege kein Grund vor, weshalb durch das spätere Eintreten der Unmöglichkeit der Leistung der Anspruch auf Früchte und sonstige Vortheile, welche der Gläubiger im Fall einer rechtzeitigen Leistung bis zu dem Eintreten des casuellen Ereignisses aus dem geschuldeten Gegenstand hätte ziehen können, diesem entzogen werden sollte.

Allein nach dem Mommsen'schen Fundamentalsatze liegt sogar ein sehr triftiger Grund vor. Denn da in diesem Falle die Hauptobligation untergegangen, ist auch die Hauptklage in Wegfall gekommen. Und da die Mahnung nach Mommsen keine besonderen

Klagen hervorbringt, hätte er hier folgerichtig jeden Anspruch auf Früchte und sonstige Vortheile versagen müssen.

Mommsen kommt gleichwohl zu dem entgegengesetzten Ergebnis. Er meint: da die Mahnung keine besondere Klage begründe, so könne der Gläubiger den erwähnten Anspruch nur durch die Klage aus der Obligation selbst geltend machen.

Bei dieser Gelegenheit verwechselt Mommsen die Begriffe Bewiesenes und Zubeweisendes. Das was erst noch bewiesen werden soll, nimmt Mommsen bereits als bewiesen an, und baut darauf seine Folgerungen.

In anderer Weise hat Windscheid über unsere Frage sich ausgesprochen. Derselbe sagt in seiner Recension der Mommsen'schen Schrift[9]):

„Im § 26 fragt der Verf., mit welcher Klage der Anspruch aus der Mora geltend gemacht werde. Ist nicht diese ganze Frage specifisch römisch, und für das heutige Recht gar nicht mehr aufzuwerfen? Die Römer fragen in jedem einzelnen Fall: welche actio ist begründet? wir: welches Recht? und haben wir das Recht, so versteht sich die Klage von selbst. — Allerdings hat aber der römische Satz, daß der Anspruch aus der Mora nur mit der actio aus der Hauptobligation geltend gemacht werden könne, auch für uns Bedeutung. Denn wo die Römer keine actio gestatten, dürfen wir kein Recht anerkennen. Und so haben wir denn für unser Recht zu lehren, daß das Recht aus der Mora kein selbstständiges sei, sondern nur in und mit dem Recht aus der Hauptobligation zur Geltung gebracht werden könne."

Man sieht, bei Windscheid tauchen bereits Bedenken auf: ob es sich hier um eine Frage handle, die ohne weiteres aus dem Corpus juris beantwortet werden könne. Gleichwohl ist auch Windscheid zur richtigen Ansicht noch nicht durchgedrungen. Da aber das von Windscheid Vorgebrachte auf's innigste mit seiner Auffassung der Römischen actio zusammenhängt; so bin ich genöthigt, hier ein wenig weiter auszuholen.

Windscheid meint, die Römer fragten in jedem einzelnen Falle: welche actio; wir dagegen: welches Recht ist begründet? Das ist im

---

[9]) Kritische Zeitschrift, Heidelberg 1856, Bd. III, S. 267.

allgemeinen richtig[10]), obwohl man es mit diesem Gegensatze auch nicht übertreiben darf. Denn für den heutigen Practiker hat eine Klage mindestens ebenso großen Werth, wie für einen Römischen. Ein heutiger Practiker achtet nur ein solches Recht, das sich beweisen und geltend machen läßt, insonderheit auch durch Klage geltend machen läßt. Es ist also nicht einzusehen: warum wir heutzutage nicht ebenfalls sollten fragen dürfen: welche Klage ist begründet? — warum wir heutzutage die einzelnen Klagen nicht ebenfalls mit Namen sollten versehen, und z. B. von einer Kaufsklage, Miethsklage u. s. w. sollten sprechen dürfen[11])? — wenn auch die andere Frage: welches Recht ist begründet? — uns näher liegt. Und andererseits haben sich die Römer die Frage: welches Recht ist begründet? — auch keineswegs gespart, wie ja Windscheid selber einräumt[12]), obwohl bei ihnen die andere Frage: welche actio ist begründet? — mehr in den Vordergrund trat.

Ferner ist unser heutiges Recht doch auch nicht in dem Grade formlos, daß sich für dasselbe die Aufstellung des Satzes rechtfertigen ließe: „haben wir das Recht, so versteht sich die Klage von selbst?" Mindestens ist auf dem Gebiete des heutigen Proceßrechtes, das hier doch den Ausschlag gibt, mit einem solchen Satze nicht viel anzufangen. Das Schwierigste bei einem heutigen Rechtsstreite ist gerade, für jeden einzelnen Fall die richtige Klagbitte zu finden. Die Klagbitte ist heutzutage der Schwerpunkt des ganzen Processes; sie entspricht in dieser Beziehung der Römischen Intentio; durch eine unrichtige Klagbitte kann sich ein heutiger Gläubiger ganz unendlich schaden. Von selbst versteht sich überhaupt nichts, am allerwenigsten die heutige Klage. Und wenn in der Klage selbst das Recht des Gläubigers noch so schön entwickelt

---

[10]) Vgl. auch Ihering, Geist des röm. Rechts, Bd. 2, S. 671 fgg., zweite Aufl. S. 636 fgg.

[11]) Vgl. Muther, Zur Lehre von der Römischen Actio, S. 47 fgg.

[12]) Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856, S. 3. Bekanntlich hat Windscheid seine Auffassung der Römischen Actio in dieser Schrift ausführlich entwickelt. Sonstige Literatur über diese Frage siehe bei Windscheid, Pandekten, Bd. I, § 44, Anm. 6. Neueste Literatur: Prinz, das allgemeine Actionenrecht, 1870; und Bekker, die Actionen des Römischen Privatrechts, Bd. I, siehe besonders Einleitung; derselbe, „über das Verhältnis von Actio zu Obligatio" in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 9, S. 366—407; derselbe, „über Prinz in der Kritischen Vierteljahrsschrift", Bd. 12, S. 587—596.

wäre, so hilft das alles nicht, wenn der Gläubiger es in der Klagbitte versehen hat. Die heutige Klagbitte hat sich sogar viel feiner und vollkommener entwickelt, als die Römische; und von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet dürfte ihr der Römischen gegenüber sogar erhöhte Bedeutung zukommen. Es ist heutzutage sehr wichtig: wie geklagt wird — und dieses Wie sollte sich von selber verstehen?!

Windscheid wird vielleicht einwenden wollen: er habe nicht so sehr die Klagehandlung, als vielmehr das Klagerecht vor Augen gehabt. Allein ob sich beides in dieser Weise trennen läßt? Die Klagehandlung ist doch allemal das Mittel, durch welches das Klagerecht zur Geltung gebracht werden soll. Und was hilft mir ein Klagerecht, das sich von selber verstehen soll, wenn sich die Klagehandlung nicht von selber versteht. Jedenfalls klingt einem heutigen Practiker das sich von selber verstehende Klagerecht wie bittere Ironie, wenn ihm im einzelnen Fall die richtige Klagebitte zu finden vielleicht recht sauer wird [13]).

Auch kann hierin nicht der specifische Unterschied zwischen Römischem und heutigem Recht liegen: daß die Römer zunächst nach der actio gefragt, wir dagegen zuerst nach dem Rechte fragen. Denn „wenn aus dem Dasein des Rechts stets die Befugnis der Rechtsverfolgung (actio) folgt, und wenn umgekehrt die actio (Verfolgungsbefugnis) stets zur Existenz eines Rechts führt, dann ist es nur ein Unterschied im Ausdruck, nicht in der Sache, ob die Rechtsordnung sagt: da hast du Action, oder: da hast du Recht" [14]). Der specifische Unterschied dürfte vielmehr in der Entwicklung zu suchen sein, die sich dieser Römischen Auffassung angeschlossen hat.

Das Römische Recht ist nämlich von der Klaghandlung ausgegangen und hat sich von Alters her in verhältnismäßig knappen Formen bewegt. Daraus, daß die Römer einen Anspruch als klagbar anerkannten, folgt noch keineswegs: daß sie diesen Anspruch auch mit einer eigenen Klage versahen. Sie haben oft ganz verschiedenartige Ansprüche bei einer und derselben Klage untergebracht. Andererseits finden wir aber auch: daß ein und derselbe Anspruch bei den Römern mit verschiedenen Klagen verfolgt werden konnte, und zwar mit mehr, als an sich nöthig wäre.

---

[13]) Vgl. in dieser Beziehung W. H. Puchta, Ueber die gerichtlichen Klagen, S. 4, 7, 9, 12 und sonst an v. St.

[14]) Vgl. Bekker, Actionen, Bd. I, S. 10.

Nach beiden Richtungen hin decken sich also Klage und Anspruch im Römischen Rechte keineswegs, wie dies im folgenden Paragraphen noch näher nachgewiesen werden soll. Der Römische Formalismus beruht mehr auf historischen Zufälligkeiten, als einem einheitlichen systematischen Gedanken. Wir aber dürfen uns heutzutage durch solchen Römischen Formalismus in keiner Weise die Hände binden lassen. So haben wir z. B. auf dem Gebiete des Obligationenrechts diesem Römischen Formalismus folgenden Satz gegenüber zu stellen: soweit es sich um verschiedene Leistungen handelt, die auf einem verschiedenen Entstehungsgrunde beruhen, soweit haben wir verschiedene Obligationen, und dem entsprechend verschiedene Klagen anzunehmen.

Aus diesem Satze folgt: daß auch die Mahnung neue Obligationen hervorbringt, die entweder an die Stelle der ursprünglichen, oder neben dieselbe treten. Dem entsprechend haben wir auch neue Klagen neben der ursprünglichen anzunehmen, die ich die Surrogatklage und Nebenklage genannt habe.

Windscheid's Auffassung gipfelt in folgendem Satze [15]):

„Wollten wir heutzutage von Rechten zu gerichtlicher Verfolgung, von Klagerechten, reden, statt von Rechtsansprüchen schlechthin, so würden wir die Folge nennen statt des Grundes; die gerichtliche Verfolgbarkeit versteht sich für uns bei rechtlicher Anerkennung von selbst, und eine gerichtliche Verfolgbarkeit ohne rechtliche Anerkennung haben wir nicht."

Allein offenbar hat Windscheid hier ein Glied in seiner Schlußfolgerung ausgelassen. Allerdings ist das Klagerecht die Folge des Rechtsanspruches, aber nicht die nothwendige Folge. Damit aus einem Rechtsanspruche ein Klagerecht hervorgehe, muß zum Rechtsanspruche etwas hinzukommen: der Rechtsanspruch muß verletzt sein.

Windscheid [16]) sagt ja selber an einer andern Stelle ganz richtig:

„Es ist ohne Grund, wenn Neuner — — behauptet — —, daß bei den dinglichen Rechten vor ihrer Verletzung von einem Anspruch nicht geredet werden dürfe. Wenn vor der Verletzung des

---

[15]) Pandekten, Bd. I, § 44, S. 98, 99.

[16]) Pandekten, Bd. I, § 43, Anm. 2 a.

dinglichen Rechtes eine Verbindlichkeit des dem dinglichen Recht Gegenüberstehenden, sich mit dem dinglichen Rechte nicht in Widerspruch zu setzen, vorhanden ist, so ist auch ein Recht vorhanden, ein dieser Verbindlichkeit gemäßes Verhalten zu verlangen."

Hier habe ich also vor der Verletzung zwar wohl einen Rechtsanspruch, aber nur kein Klagerecht.

Und genau so verhält es sich mit dem Forderungsrecht. Wenn ich z. B. dem A heute hundert Thaler auf vier Wochen leihe, so erwerbe ich heute zwar ein Forderungsrecht gegen den A, aber kein Klagerecht. Und wenn A mir nach vier Wochen das Geld wieder bringt, so habe ich diese vier Wochen über gegen den A zwar ein Forderungsrecht gehabt; aber ein Klagerecht habe ich gegen ihn nie erworben, weil derselbe mein Forderungsrecht nie verletzt hat.

Also auch bei Forderungsrechten geht der Rechtsanspruch keineswegs in dem Begriff Klagerecht auf. Auch hier ist ein Klagerecht erst dann erworben, wenn das Forderungsrecht verletzt wurde. Auf diese Rechtsverletzung ist aber um so mehr der Nachdruck zu legen, als je nach Beschaffenheit der Rechtsverletzung sich das Klagerecht ganz verschieden gestaltet.

Die Klage dient nämlich einem zweifachen öconomischen Zweck: einerseits ist sie dazu bestimmt, streitiges Recht in streitloses zu verwandeln; andererseits bei streitlosem Recht die Erfüllung zu erzwingen [17]). Sofern nun die Rechtsverletzung darin besteht, daß der Schuldner mein Forderungsrecht bestreitet, habe ich gegen ihn eine Klage auf Anerkennung. Sofern er die Erfüllung verweigert, dient die Klage dazu, die Erfüllung zu erzwingen.

Also auch bei Forderungsrechten ist Rechtsanspruch und Klagerecht durchaus auseinander zu halten.

Besser aber wäre es vielleicht noch, wenn man bei dem Gegensatz, um den es sich hier handelt, den Ausdruck Anspruch ganz aus dem Spiele ließe. Nicht deshalb weil Anspruch ursprünglich ebenso wie actio ein gerichtliches Wort ist [18]), sondern weil wir diesen Ausdruck heutzutage vielfach im Sinne von Klagerecht gebrauchen; man dann also wieder von einem Rechtsanspruche im Gegensatz zum Klagerechtsanspruche sprechen müßte.

---

[17]) Siehe Bd. I, S. 558 u. sonst.

[18]) Vgl. Neuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 156, Anm. 2.

Man sollte vielmehr die Wörter Recht und Klagerecht einander gegenüberstellen; und könnte den Gegensatz, um den es sich hier handelt, etwa so ausdrücken.

Das Recht ist das ursprüngliche, ohne Recht ist keine Rechtsverletzung denkbar. Andererseits ist aber die Verletzung dem Rechte nicht wesentlich. Wenn niemand mein Eigenthumsrecht bestreitet, sich auch niemand Eingriffe in dasselbe erlaubt, so befindet sich mein Eigenthumsrecht in unverletztem Zustande. Wenn ein Schuldner seine Schuld rechtzeitig berichtigt, so ist das Bestehen meines Forderungsrechtes stets mit den ideellen Anforderungen des Rechts in Einklang gewesen.

Nun interessirt aber das Recht den Rechtsgelehrten vorzugsweise in seinem verletzten Zustande. Und in dieser Beziehung spricht man ganz passend von einem Klagerecht. Das Klagerecht ist also das Recht in seinem verletzten Zustande.

Doch kehren wir zu unserm Thema zurück. Die Frage, um die es sich für uns vorzugsweise handelt, ist die: ob die Römer mit einer Klage verschiedene Leistungen geltend gemacht haben, oder nicht?

Für unser heutiges Recht lehrt Windscheid: „daß das Recht aus der Mora kein selbstständiges sei, sondern nur in und mit dem Recht aus der Hauptobligation zur Geltung gebracht werden könne.“

Allein mit dem Recht aus der Hauptobligation kann gar nichts zur Geltung gebracht werden, sondern nur mit der Klage aus der Hauptobligation, mit der Klagehandlung. Ebensowenig wie z. B. ein Fürst mit dem Rechte zur Kriegführung etwas zur Geltung bringt, sondern nur mit der Kriegführung selber. Windscheid hat hier die Begriffe Klagerecht und Klagehandlung mit einander verwechselt.

Was heißt hier ferner: „in und mit?“ Jedenfalls folgt daraus, daß das Recht aus der Mora kein selbstständiges sei, nicht nothwendig: daß es nur mit der Klage aus der Hauptobligation zur Geltung gebracht werden könnte. Es wäre auch denkbar, daß es mit einer Nebenklage neben der Hauptklage verfolgt würde.

Und wie sieht es denn da aus: wo das Recht aus der Mora wirklich ein selbstständiges ist? Ich erinnere in dieser Beziehung z. B. an den heutigen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. An diesen Fall hat Windscheid augenscheinlich gar nicht gedacht.

Der Römische Satz: daß der Anspruch aus der Mora nur mit der actio aus der Hauptobligation geltend gemacht werden könne — hätte für uns nur unter der Voraussetzung Bedeutung: daß die heutige Klage aus der Hauptobligation mit ihrer heutigen Klagbitte im Stande wäre, die Wirkungen der Mahnung ohne weiteres zu umfassen. Daß dies aber nicht der Fall: davon werden uns die nachstehenden Beispiele überzeugen.

Es hat z. B. jemand eine Sache gekauft und verlangt diese Sache; dann lautet die Klage aus dem Kauf folgendermaßen. Da ich die und die Sache gekauft habe, so bitte ich gehorsamst: löbliches Gericht wolle den Beklagten zur Herausgabe dieser Sache verurtheilen. Mit einer solchen Klage können aber heutzutage keine Mahnungswirkungen zur Geltung gebracht werden.

Der Gläubiger hat nun aber gemahnt; weil der Schuldner die Mahnung nicht beachtete, kann er die gekaufte Sache nicht mehr gebrauchen, und verlangt außerdem Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Ein solcher Käufer muß etwa so klagen.

Da mir der Beklagte die von ihm gekauften z. B. 30 Tonnen Bier, Mahnung ungeachtet, nicht geliefert hat, war ich genöthigt, mich nach anderm Biere umzusehen. Ich konnte aber nur 15 Tonnen bekommen, und mußte jede Tonne einen Thaler theurer bezahlen, als ich sie vom Beklagten gekauft hatte. Außerdem würde ich an dem fraglichen Volksfeste, zu dem ich das Bier vom Beklagten haben wollte, wenn ich sie gehabt hätte, noch 15 Tonnen Bier mehr verschenkt und auf jede Tonne zwei Thaler verdient haben. Ich bitte daher gehorsamst: löbliches Gericht wolle den Beklagten in den mir verursachten Schaden von 45 Thalern verurtheilen.

Das ist doch eine ganz andere Klage, als die erstere. Während die erstere auf Erfüllung geht, verfolgt die zweite einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Da nun kein heutiger Richter befugt ist, auf eine Erfüllungsklage hin einen Beklagten zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verurtheilen; da ferner eine Klage, wie die zweite, heutzutage durchaus zuläßig, und für den angegebenen Zweck sogar nothwendig ist — so folgt: mit der Erfüllungsklage kann ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht geltend gemacht werden, vielmehr erzeugt die Mahnung in dieser Beziehung eine selbstständige Surrogatklage.

Ich wende mich jetzt zum Schadensersatz wegen verspäteter Er-

füllung, als Repräsentanten der Nebenansprüche, welche die Mahnung hervorbringt. Auch der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung kann heutzutage nicht mit der Klage aus der Hauptobligation geltend gemacht werden. Hier muß vielmehr etwa so geklagt werden.

Ich habe von dem Beklagten eine Nähmaschine gekauft, die mir derselbe Mahnung ungeachtet nicht ausgehändigt hat, und mit der ich schon sehr viel hätte verdienen können. Ich bitte daher gehorsamst: löbliches Gericht wolle den Beklagten verurtheilen, daß er mir die Nähmaschine aushändige, und sämmtlichen Schaden, Liquidation vorbehältlich, erstatte.

Würde nämlich nicht um Erstattung des Schadens besonders gebeten sein, so wäre der heutige Richter nicht befugt, den Beklagten in Schadensersatz zu verurtheilen. Daraus folgt: der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung muß heutzutage mit einer besondern Nebenklage verfolgt werden; die Hauptklage, als solche, reicht in dieser Beziehung nicht aus.

Man kann dies auch so ausdrücken: der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung wird nicht mit, sondern neben der Hauptklage geltend gemacht. Die herrschende Ansicht verwechselt hier die Begriffe mit und neben.

Wetzell[19]) spricht sich hier so aus:

„Verpflichtungen aber können auf Haupt- und Nebenleistung gehen, und wo daher um Verurtheilung zu bitten ist, wird auch die Klagbitte beides umfassen können, ja wenn die Nebenleistungen, deren wegen eine besondere Klage nicht Statt findet, überhaupt geltend gemacht werden sollen, beides umfassen müssen."

Und an einer andern Stelle sagt dieser Schriftsteller[20]):

„Nimmt der Kläger z. B. Verzugszinsen in Anspruch, so hat er die Thatsachen darzulegen, durch welche der Verklagte in Verzug gesetzt sein soll."

Allein wenn der Gläubiger einerseits die fraglichen Thatsachen darlegen, andererseits um die Mahnungszinsen besonders bitten soll; so sind alle Voraussetzungen, wenn auch nur einer Nebenklage, doch immerhin einer besondern Klage vorhanden.

Bedenken könnte vielleicht folgender Fall erregen. Die geschuldete

---

[19]) Civilproceß, § 14, dritte Aufl., S. 115.

[20]) Ebendas. § 16, dritte Aufl., S. 151.

Sache ist untergegangen, der Gläubiger weiß das nicht, und klagt mit der Erfüllungsklage etwa so.

Ich habe dem Beklagten die und die Sache geliehen, sie aber Mahnung ungeachtet nicht zurückerhalten, und bitte nunmehr gehorsamst: löbliches Gericht wolle den Beklagten zur Herausgabe der Sache verurtheilen.

Der Beklagte behauptet in der Vernehmlassung: die Sache sei zufällig verbrannt und bittet um Freisprechung.

Hierauf replicirt der Gläubiger in dieser Weise. Es sei nicht wahr: daß die Sache verbrannt, eventuell sei sie durch Schuld des Beklagten verbrannt; jedenfalls hätte der Gläubiger die Sache für zehn verkauft, wenn der Schuldner die Mahnung beachtet hätte. Dem entsprechend wird gebeten: den Beklagten zur Herausgabe der Sache, eventuell in den durch sein Verschulden angerichteten Schaden, eventuell in zehn zu verurtheilen.

Wie es nun weiter wird, hängt von Führung der Beweise ab. Beweist der Beklagte zwar, daß die Sache untergegangen; kann er aber nicht darthun, daß dies zufällig erfolgte: so wird er verurtheilt, den angerichteten Schaden zu ersetzen. Beweist der Beklagte aber auch den zufälligen Untergang; kann der Kläger aber darthun, daß er für zehn verkauft hätte, wenn der Beklagte die Mahnung beachtete: so wird der Beklagte in zehn verurtheilt.

In diesem Falle sieht es so aus, als ob der Schadensersatz mit der Erfüllungsklage geltend gemacht würde. Allein dies scheint nur so: denn genau genommen haben wir es hier mit drei eventuell gehäuften Klagen zu thun, die alle drei ihre ganz verschiedenen Voraussetzungen und Klagbitten haben. Die Erfüllungsklage erlischt, sobald der Untergang der Sache nachgewiesen ist; die Surrogatklage aus Contractsculpa, sobald der *zufällige* Untergang dargethan wurde; dagegen dringt der Gläubiger mit der Surrogatklage aus Mahnung durch, sobald er nachweist: daß er bei beachteter Mahnung die Sache für zehn verkauft hätte. Und dagegen, daß die beiden letztern Klagen erst in der Replik vorgebracht wurden, kann man um so weniger Einwendung erheben: als beide Surrogatklagen durch das Nichtvorhandensein der Erfüllungsklage bedingt waren, und dies Nichtvorhandensein der Erfüllungsklage erst festgestellt werden mußte [21]).

[21]) Vgl. *Wetzell*, Civilproceß, zweite Aufl., S. 898, 899 und 526.

Die Römische Klage ist ein ganz ander Ding, als unsere heutige. Zur Römischen Klage genügten im ordentlichen Verfahren die Angaben, welche erforderlich waren, um eine Formel zu erhalten. Mindestens konnte alles weitere nachgeholt werden. Da nun der Römische Prätor sich in der Regel um die Mahnung nicht bekümmerte, so hat es vom Standpunkte des Römischen Rechtes aus einen gewissen Sinn, wenn man sagt: die Wirkungen der Mahnung wurden mit der Klage aus der Hauptobligation geltend gemacht. Obwohl zu beachten ist: daß die Römer sich selber für gewöhnlich so nicht ausdrücken. Die Römer pflegen vielmehr zu sagen: daß die Wirkungen der Mahnung zur Befugnis des Geschwornen gehörten. Auch dürften wir gut daran thun: wenn wir für das Römische Recht uns der Ausdrucksweise anschließen, deren sich die Römer selber gewöhnlich bedient haben. Der fragliche Satz könnte nur dazu dienen, uns das Verständnis für den Römischen Formalismus, mit dem wir uns noch näher beschäftigen müssen, zu erschweren.

Ehe ich indes hierzu übergehe, habe ich mich noch mit einem neuern Schriftsteller [22]) abzufinden, dessen Auffassung von der hergebrachten freilich durchaus abweicht, mit dem ich mich aber ebenso wenig einverstanden erklären kann.

Der gedachte Schriftsteller ist laut Vorrede S. III:

„zu dem wichtigen Resultate gelangt, daß die meisten Probleme des Actionenrechtes nicht auf historischem, sondern nur auf philosophischem Wege gelöst werden können."

Derselbe macht der historischen Schule den Vorwurf, daß sie sich „von einer Reihe entschiedener Unrichtigkeiten und Unvollkommenheiten nicht befreit" habe, und will dem gegenüber „durch die philosophische Forschungsmethode zu einem festgegliederten Systeme, in welchem diese Unrichtigkeiten sämmtlich beseitigt, und in welchem diese Unvollkommenheiten sämmtlich überwunden sind", gelangt sein.

Nun habe ich gegen Prinz seine Idee im allgemeinen: daß nämlich ein neues Actionenrecht geschaffen werden müsse, und daß dieses nicht auf Römischen Formalismus gebaut werden dürfe — keinerlei Einwendung zu erheben. Dies wird auch schon von andern anerkannt [23]). Mein Ausgangspunkt ist in dieser Beziehung die heutige

---

[22]) Prinz, Das allgemeine Actionenrecht, S. 32 und 34.

[23]) Siehe namentlich Bekker in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 9, S. 366 fgg.

Klagbitte. Prinz ist durch die philosophische Forschungsmethode zu einem neuen Systeme gelangt, das er ein festgegliedertes nennt. Hier kann dieses neue System selbstverständlich nur so weit geprüft werden, als es auf unsern Gegenstand Bezug hat.

Prinz spricht von Substanzklagen und Surrogatsansprüchen. Ferner zerfallen die Klagrechte bei ihm in positive und negative. In Bezug auf das Obligationenrecht erhalten wir demnach positive obligatorische Klagrechte und negative obligatorische Klagrechte. Den Unterschied beider gibt Prinz so an [24]):

„Die positiven obligatorischen Klagrechte sind auf Erfüllung der obligatio, die negativen obligatorischen Klagrechte auf Zerstörung des obligatorischen Nexus gerichtet."

Dies ist schon gleich unrichtig ausgedrückt. Eine Obligation wird durch Erfüllung ebenfalls zerstört. Die Erfüllung der Obligatio hätte demnach nicht in dieser Weise zur Zerstörung des obligatorischen Nexus in Gegensatz gebracht werden dürfen.

Weiter heißt es bei Prinz a. a. O.:

„Culpa, mora u. s. w. lassen die Substanzklagen bald ganz, bald theilweis in Surrogatsansprüche übergehen."

Was dann der gedachte Schriftsteller unter Surrogatsansprüchen versteht, ersehen wir bei ihm auf S. 34:

„Die Surrogatsansprüche kommen sowohl als positive, wie als negative Ansprüche bei allen Arten von Privatrechten vor, und haben daher einen völlig gleichen Gebietsumfang mit den Substanz-Ansprüchen. Ihren Grund haben sie in der factischen Unmöglichkeit, den normalen Rechtszustand, aus dem durch die Verletzung bewirkten rechtswidrigen Zustande individuell zu realisiren."

Prüfen wir jetzt diese Auslassungen von Prinz an concreten Beispielen.

Nach Art. 355 des H. G. B. ist der Käufer berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung selbst dann zu fordern, wenn die Erfüllung an sich möglich sein sollte. Dies kann demnach, so wie Prinz ihn definirt, kein Surrogatanspruch sein. Womit haben wir es aber dann zu thun? Augenscheinlich mit einem negativen obligatorischen Substanz-Klagerechte: sofern wir uns den Käufer in einer Lage denken, daß er zur Klage schreitet. Denn dieser Käufer erstrebt ja keine Erfüllung der Obligation, sondern deren anderweitige Zerstörung.

[24]) a. a. O. S. 32.

Nun sagt aber Prinz in Bezug auf unsere Mora ganz ausdrücklich: daß sie die Substanzklage bald ganz, bald theilweise in Surrogatansprüche übergehen lasse. Da wir indes den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf Grund der eignen Begriffsbestimmung von Prinz für einen negativen obligatorischen Substanzanspruch ausgeben müssen; da andererseits dieser Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sich als eine Folge der Mora darstellt — können wir uns der Wahrnehmung nicht verschließen: daß das „festgegliederte System" schon anfängt, mit sich selber uneins zu werden.

Als Beispiele einer factischen Unmöglichkeit, den normalen Rechtszustand aus dem durch die Verletzung bewirkten rechtswidrigen Zustande individuell zu realisiren, gibt Prinz a. a. O. unter andern folgende an:

„Sachenbeschädigungen oder Zerstörungen sind häufig nicht wieder zu beseitigen. Ein zerbrochenes Glas läßt sich ohne Risse und Sprünge nicht wieder zusammensetzen. Ein erschossener Hund kann nicht wieder lebendig gemacht werden. Ein bestimmter Zeitpunkt, der einmal in die Vergangenheit übergegangen ist, läßt sich zur Gegenwart nicht zurückschrauben."

Hier wird also von Prinz der in die Vergangenheit übergegangene Zeitpunkt auf gleiche Stufe gestellt mit einem zerbrochenen Glase und einem erschossenen Hunde. Und in Bezug auf diesen Zeitpunkt heißt es dann unmittelbar nach den zuletzt ausgeschriebenen Worten bei Prinz so:

„War der Zeitpunkt wesentlich, so ist die obligatio später nicht erfüllbar."

Prinz theilt also den in die Vergangenheit übergegangenen Zeitpunkt in einen wesentlichen und unwesentlichen. Von dem unwesentlichen ist dann überall keine Rede weiter. Da ist denn wohl die Frage gestattet: ob unwesentliche in die Vergangenheit übergegangene Zeitpunkte vielleicht solche seien, die sich wieder zur Gegenwart zurückschrauben ließen?

Lassen wir uns diese Begriffsvertauschung indes einmal gefallen, und fragen wir: was mag sich Prinz bei einem wesentlichen Zeitpunkt gedacht haben?

In dieser Beziehung scheint mir nun bei jeder auf Erfüllung angelegten Obligation, und mit diesen haben wir es hier doch nur zu

thun, der Zeitpunkt etwas wesentliches zu sein. Und zwar kann man sich die Sache entweder so denken: daß der Zeitpunkt gleich bei Eingehung der Obligation festgesetzt wurde — oder so: daß es in dieser Beziehung noch einer Mahnung des Gläubigers bedurfte. Jedenfalls kann der Zeitpunkt nicht ganz von der Willkür des Schuldners abhängen. Denn ist fraglich: wann geschuldet wird — so ist gleichzeitig fraglich: ob geschuldet wird. Und ist fraglich: ob geschuldet wird — so liegt keine Obligation mehr vor.

Der Zeitpunkt: wann erfüllt werden soll — ist also jeder auf Erfüllung angelegten Obligation gerade so wesentlich, wie der Gegenstand der Obligation selber. Vielleicht hält aber Prinz nur den Zeitpunkt für wesentlich, dessen Nichtinnehalten auf das Vermögen des Gläubigers einen nachtheiligen Einfluß äußert? Unter dieser Voraussetzung gehörte indes jedenfalls der durch unsere Mahnung bestimmte Zeitpunkt hierher, da wir uns hier ja gerade mit den nachtheiligen Wirkungen beschäftigen, welche die Nichtbeachtung der Mahnung für das Vermögen des Gläubigers zur Folge hat.

Ferner sieht man dann nicht ein: warum Prinz bloß beim Zeitpunkte so unterscheidet, und nicht etwa auch beim Erschießen des Hundes von einem wesentlichen und unwesentlichen Erschießen spricht. Es gibt nämlich auch ein für das Vermögen des Hundeeigenthümers unwesentliches Erschießen. Man denke sich: der betreffende Hund sei von der Tollwuth befallen gewesen; und der Dritte hätte ihn gerade in dem Augenblicke erschossen, wo der wuthkranke Hund im Begriff stand, den Eigenthümer zu beißen. Hier ist das Erschießen des Hundes für das Vermögen des Eigenthümers durchaus unwesentlich, weil ein wuthkranker Hund so wie so hätte erschossen werden müssen. Im vorliegenden Falle hat der Eigenthümer des Hundes sogar alle Ursache, dem Erschießer des Hundes dankbar zu sein, weil dieser einen lebensgefährlichen Biß von ihm fern gehalten hat.

Allein nicht einmal in diesem Sinne — wonach es also darauf ankäme: ob das Nichtinnehalten des Zeitpunktes für das Vermögen des Gläubigers nachtheilig wirkte — kann Prinz den Ausdruck wesentlich genommen haben; sondern in einem viel engern, wie der Nachsatz „so ist die obligatio später nicht erfüllbar" beweist. Und hier ertappen wir Prinz auf einer neuen Vertauschung der Begriffe. Denn da jeder auf Erfüllung angelegten Obligation der Zeitpunkt der Erfüllung wesentlich ist; da dieses namentlich insofern

der Fall ist, als die Nichtinnehaltung dieses Zeitpunktes für das Vermögen des Gläubigers nachtheilige Folgen zu Wege bringt; da ferner Prinz das Wesentliche des Zeitpunktes nur nach einer Richtung hin in's Auge faßt — so hätte er statt der zuletzt ausgeschriebenen Worte offenbar sagen müssen: der Zeitpunkt kann so wesentlich sein, daß die Obligation später nicht mehr erfüllbar ist. Diese richtige Denkungsweise hätte Prinz dann von selber auf den zwar nicht in dieser, aber in anderer Weise wesentlichen Zeitpunkt aufmerksam gemacht; in welcher Beziehung wir jetzt eine unausgefüllte Lücke vor uns haben.

Uebrigens beweisen die von Prinz gebrachten Beispiele: daß er trotz der engen Begrenzung, in welcher er den Begriff wesentlich nimmt, Verschiedenes durcheinander gemengt hat. Denn Obligationen von so ausgeprägtem Rigorismus, daß die Obligatio aufgehoben sein solle, falls sie nicht zu rechter Zeit erfüllt werde, sind verhältnismäßig selten [25]). Nur diese Obligationengattung hätte Prinz streng genommen im Sinne haben müssen. Er denkt aber auch an Obligationen, die bei nicht rechtzeitiger Erfüllung zwar nicht von selber aufgehoben sind, aber durch einfache Erklärung des Gläubigers aufgehoben werden können [26]); sowie an solche, die bei nicht rechtzeitiger Erfüllung zwar nicht von selber aufgehoben sind, aber vom Gläubiger aufgehoben werden können, ohne daß es einer Kündigung bedarf [27]). Nur ist Prinz sich freilich weder in der einen noch der andern Beziehung dieser Unterschiede bewußt geworden. Daß sich aber Prinz auf die gedachte Obligationengattung rigoristischen Gepräges, wie er eigentlich hätte müssen, nicht beschränkt, beweist namentlich der Satz:

„Bei Lieferungen verlange ich Pünktlichkeit, sonst verstreicht für mich die Conjunctur des Absatzes u. s. w. u. s. w."

da gerade die Lieferungsgeschäfte, an welche Prinz hier denkt, regelmäßig entweder unter die zweite oder dritte der oben angegebenen Obligationengattungen, nicht aber unter die erste fallen werden.

Prinz fährt so fort:

„Wenn es trotzdem häufig vorkommt, daß Substanz- und Surrogatsansprüche neben einander vorkommen z. B. rei vindi-

---

25) Siehe Bd. I, S. 105—106.

26) Siehe Bd. I, S. 106—110.

27) Siehe Bd. I, S. 110—114.

catio und Anspruch auf Fruchtersatz, Klage auf Erfüllung einer obligatio und Anspruch auf Verzugszinsen und Schäden, so ist doch ohne Weiteres einleuchtend, daß diese combinirten petita von einander verschiedene, also besondere, nicht identische, Zwecke verfolgen."

Wo mündet also diese Prinz'sche Behandlungsweise schließlich aus? Bei der Klagbitte, von der ich gleich von vorne herein ausgegangen bin. Ich dachte mir nämlich eine Erfüllungsklage mit entsprechender Klagbitte: z. B. löbliches Gericht wolle den Beklagten zur Herausgabe der und der Sache verurtheilen. Mit dieser Klagbitte verglich ich die Klagbitten, wie sie erforderlich sind, wenn Mahnungswirkungen geltend gemacht werden sollen. Lautete diese Klagbitte auf ganz etwas anderes, als auf die ursprüngliche Leistung, so sprach ich von einer Surrogatklage. Schloß dagegen diese Klagbitte sich der auf die ursprüngliche Leistung gerichteten an, so sprach ich von einer Nebenklage.

Wenn Prinz endlich den Begriff des Surrogatsanspruches, S. 35, dahin bestimmt:

„Der auf Geld, als substituirten Gegenstand, gerichtete Ersatzanspruch ist der Surrogatsanspruch."

so ist das ebenfalls nicht genau. Denn auch das ist ein Surrogatsanspruch, wenn ich berechtigt bin: statt eines zerbrochenen Glases ein anderes von gleicher Güte zu fordern [28]? Das Geld ist häufiger, aber nicht ausschließlicher Gegenstand eines Surrogatsanspruches.

Begreiflicher Weise konnte es hier, wie ich schon einmal hervorhob, nur meine Aufgabe sein: das Prinz'sche System so weit zu prüfen, als es auf unsere Mahnung Bezug hat. In dieser Beziehung habe ich aber durchaus kein festgegliedertes System angetroffen. Und statt eine Beseitigung von Unrichtigkeiten und eine Ueberwindung von Unvollkommenheiten wahrzunehmen, bin ich vielmehr auf neue Unrichtigkeiten und neue Unvollkommenheiten gestoßen.

Andererseits entwickelt Prinz aber auch ganz richtige Gedanken. So wenn er hervorhebt: daß ein bestimmter Zeitpunkt, der einmal in die Vergangenheit übergangen ist, sich zur Gegenwart nicht zurückschrauben lasse — so ist dies eine Thatsache, die bisher lange nicht genügend gewürdigt worden ist.

---

[28]) Siehe oben § 91, S. 464, 465.

§ 97.
Geltendmachung der Mahnungswirkungen. Der Römische Formalismus im Gegensatz zum heutigen.

Ich knüpfe hier zunächst an einen bereits im vorigen Paragraphen ausgesprochenen Gedanken wieder an. Ich sagte dort: die Römer haben oft ganz verschiedenartige Ansprüche bei einer und derselben Klage untergebracht; andererseits finden wir aber auch, daß ein und derselbe Anspruch bei den Römern mit verschiedenen Klagen verfolgt werden konnte, und zwar mit mehr, als an sich nöthig wäre.

Hier scheint ein Widerspruch vorzuliegen: einerseits eine Formelknappheit, andererseits eine Ueberfülle.

Allein den Römern ging es in dieser Beziehung, wie noch heutzutage dem Geizhals. Ein Geizhals entschließt sich schwer, sich ein neues Stück anzuschaffen. Wenn er sich aber endlich dazu entschlossen hat, ist vielleicht ein anderes in seinem Vermögen befindliche Stück überflüssig geworden. Das gibt er aber dann auch nicht weg, sondern behält es neben dem neuen.

Genau so machten es die Römer. Sie entschlossen sich schwer zu einer neuen Formelbildung, flickten vielmehr an der alten herum, so lange es nur irgend gehen wollte. Wenn sie sich dann aber einmal zu einer neuen Formelbildung entschlossen, war vielleicht eine alte Formel überflüssig geworden. Die warfen sie dann aber auch noch nicht ab, sondern behielten sie neben der neuen bei.

So erklärt sich einerseits die Formelknappheit, andererseits die Ueberfülle, die ich jetzt durch einige Beispiele erläutern will.

Die Römer hatten eine actio emti, welche folgenden Antrag des Klägers voraussetzte: Prätor, ich habe von dem N. N. die und die Sache gekauft, laß jetzt den N. N. in alles verurtheilen, was mir in Folge dessen zukommt.

Ein solcher Antrag konnte gar vieles umfassen, wenn wir namentlich hinzunehmen: daß dem Römischen Rechte unsere heutige Erfüllungsklage bei Nichtgeldleistungen durchgehends fremd [1]), und so auch die

[1]) Siehe oben § 87, S. 353 fgg.; § 88, S. 399 fgg.; § 91, S. 341 fgg.

actio emti lediglich eine auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung angelegte Klage war [2]).

Man setze: es sei ein Stück Vieh gekauft, das der Verkäufer noch nicht tradirt hatte. Hier stand nach Römischem Recht dem Käufer eine actio emti auf's Interesse wegen Nichterfüllung zu [3]).

Man setze: die Tradition sei erfolgt, das Stück Vieh aber krank befunden worden. Hier ging die actio emti auf Preisminderung [4]).

Man setze: Verkäufer habe wissentlich ein Stück krankes Vieh verkauft. Hier ging die actio emti auf Ersatz des gesammten Schadens [5]).

Alle drei Klagen nennen die Römer actio emti, und das ist von ihrem Standpunkte aus sehr erklärlich. Denn für alle drei Fälle paßt der Antrag: Prätor, ich habe von dem N. N. ein Stück Vieh gekauft, laß ihn jetzt in alles, oder genauer, so viel Geld verurtheilen, als mir in Folge dessen zukommt.

Heute steht die Sache aber wesentlich anders. Vom Standpunkte des heutigen Rechtes aus haben wir es hier mit drei verschiedenen Ansprüchen, und dem entsprechend mit drei verschiedenen Klagen zu thun.

Im ersten Falle muß ich heutzutage so klagen. Ich habe von dem N. N. das und das Pferd gekauft, das derselbe mir Mahnung ungeachtet nicht tradirt hat. Ich bitte daher gehorsamst: löbliches Gericht wolle den N. N. zur Herausgabe des Pferdes, sowie zur Erstattung des gesammten mir verursachten Schadens, Liquidation vorbehältlich, verurtheilen. Das ist die heutige Erfüllungsklage, der sich eine Nebenklage auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung angehängt hat.

Im zweiten Falle muß die Klage heutzutage so lauten. Das Pferd, das N. N. mir verkauft und tradirt hat, ist bereits damals krank gewesen. In Folge dessen verlange ich von dem schon bezahlten Kaufgelde so und so viel zurück. Das ist eine Klage auf Preisminderung.

Im dritten Falle ist heute so zu klagen. N. N. hat mir wissentlich ein krankes Pferd verkauft und tradirt, in Folge dessen habe

---

[2]) Vgl. Bd. I, § 11, S. 92—96.
[3]) fr. 1 pr. A. E. V. 19, 1.
[4]) fr. 13 pr. A. E. V. 19, 1.
[5]) fr. 13 pr. A. E. V. 19, 1.

ich den und den Schaden erlitten, den ich erstattet verlange. Hier haben wir es also mit einer reinen Schadensersatzklage zu thun.

Wir sehen: in allen drei Fällen handelt es sich um verschiedene Ansprüche, und dem entsprechend um verschiedene Klagen. Im ersten Falle habe ich einen Anspruch auf Erfüllung, und dem entsprechend eine Erfüllungsklage. Im zweiten Falle habe ich einen Anspruch auf Preisminderung, und dem entsprechend eine Preisminderungsklage. Im dritten Falle habe ich einen Anspruch auf Schadensersatz, und dem entsprechend eine Schadensersatzklage.

Eine actio emti im Römischen Sinne gibt es heutzutage nicht mehr. Denn wenn heutzutage jemand folgenden Antrag stellen würde: Richter, ich habe von N. N. eine Sache gekauft, verurtheile deshalb den N. N. in alles, was mir zukommt — so würde ein heutiger Richter einen solchen Antrag, ohne sich zu besinnen, zurückweisen. Deshalb sollte aber auch in Lehrbüchern und Handbüchern des heutigen Rechts von einer actio emti keine Rede mehr sein; vielmehr müßte dieselbe in ihre einzelnen Bestandtheile aufgelöst werden.

Bereits Mommsen [6]) bemerkt in dieser Beziehung sehr richtig:

> „Die sonstigen Fälle, in welchen die actio ex emto angestellt werden konnte (in welchen der Contract nicht den Grund, sondern nur die Veranlassung der Klage bildete), und in welchen sie bald die actio doli, bald die condictio causa data causa non secuta oder die actio quanti minoris vertrat, sind so verschiedenartig, daß in Ansehung derselben von einer bestimmten Natur der actio ex empto nicht die Rede sein kann."

Ein weiteres Beispiel, daß die Römer mit ihrer Klage und folgeweise auch ihrem Anspruche ganz Verschiedenartiges umfaßten, lieferte uns früher schon die locatio conductio und societas, in welcher Beziehung ich Dreierlei unterschied: den Vorvertrag, den Mieths-, bezw. Gesellschaftsvertrag, sowie einzelne aus dem Miethsvertrag, bezw. dem Gesellschaftsvertrag hervorgehende Ansprüche [7]).

Auch lernten wir schon Fälle kennen, wo die actio ex conducto die Stelle einer Art von condictio causa data causa non secuta vertrat, und die Kaufs- und Miethsklagen statt der condictio ob turpem causam Verwendung fanden [8]).

---

[6]) Interesse, S. 74.

[7]) Siehe Bd. I, S. 159, 160.

[8]) Vgl. oben § 88, S. 386.

Andererseits treffen wir aber im Römischen Recht auch eine Ueberfülle von Klagen an. Ich erinnere in dieser Beziehung nur an den Satz, daß der Eigenthümer gegen den Dieb sowohl mit der condictio furtiva, als auch der rei vindicatio klagen konnte [9]). Wozu dieses Zweierlei? Hätte die rei vindicatio in der Weise, wie wir sie im spätern Recht ausgebildet finden, nicht allein vollkommen ausgereicht? Und hätte man, seitdem die rei vindicatio sich in dieser Weise entwickelt hatte, die condictio furtiva nicht füglich abwerfen können [10])? Zumal man schon seit Pomponius nur noch ein electives Verhältnis zwischen beiden Klagen annahm [11]). Ferner — so weit rei vindicatio und condictio furtiva auf denselben Gegenstand gerichtet sind, und wenn in einem heutigen Rechtsstreite die zwischen beiden vorhandenen Abweichungen gar nicht zur Sprache kommen, eine Benennung der Klage, wie dies heutzutage nicht nöthig, auch nicht Statt gefunden hat: woran sieht man denn eigentlich, ob der Eigenthümer gegen den Dieb mit der rei vindicatio oder condictio furtiva geklagt hat [12])?

Weiter erinnere ich hier an das Verhältnis zwischen der actio rationibus distrahendis zur condictio furtiva einerseits [13]) und zur actio tutelae andererseits [14]). In Bezug auf das letztere Verhältnis wird in der zuletzt angeführten Stelle ausdrücklich gesagt:

> In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat.

Und endlich mag hier noch folgende Stelle eine Stätte finden.

fr. 25 § 5 Loc. 19, 2. — Gajus.

> Ipse quoque si exciderit, non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia et ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum et interdicto quod vi aut clam: sed utique judicis, qui ex locato judicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat.

---

[9]) Gaj. IV, 4.

[10]) Vgl. hierzu Bd. I, S. 66.

[11]) fr. 9 § 1 de furtis 47, 2.

[12]) Uebrigens gehört die condictio furtiva im allgemeinen in's Sachenrecht und nicht in's Obligationenrecht. Denn soweit sie dem Eigenthümer, als solchem, zusteht, fr. 1 de cond. furt. 13, 1, ist es eine Eigenthumsklage; soweit sie dem Pfandgläubiger, als solchem, zusteht, fr. 12 § 2 eodem, eine Pfandrechtsklage.

[13]) fr. 2 § 1 tutelae 27, 3.

[14]) fr. 1 § 21 tutelae 27, 3.

Windscheid hat freilich an Stelle der Römischen actio den Anspruch zu setzen versucht. Allein mit einer derartigen Vertauschung kommen wir um nichts weiter. Es handelt sich hier vielmehr um nichts Geringeres, als: dem Römischen System von Ansprüchen und Klagen ein ganz neues System von Ansprüchen und Klagen entgegenzustellen.

Bei dieser Vergleichung der Römischen mit der heutigen Klage hatte ich das ordentliche Verfahren vor Augen und dachte mir unter Römischer Klage einen Antrag, wie ihn in Rom ein Kläger stellen mußte, um eine Formel zu erhalten. Und will man Römische und heutige Klage mit einander vergleichen, so bleibt in der That kaum etwas anderes übrig.

Gleichwohl findet zwischen diesem Römischen Antrage und der heutigen Klage ein wesentlicher Unterschied Statt. Die heutige Klage verlangt in der Regel eine ganz bestimmte Klagbitte [15]) und darf regelmäßig nach der Litiscontestation nicht mehr geändert werden [16]). Dagegen die Römische Klage war ein auch noch nach der Litiscontestation der Veränderung sehr fähiges Ding.

Dies galt von Haus aus für die incerten Klagen. Denn was stand bei einer incerten Formel im Wege: daß der Gläubiger heute vor dem Geschwornen 1000, morgen aber bereits 2000 forderte? Fielen doch die 2000 allemal unter den Begriff des quidquid dare facere oportet, wenn sie nur überhaupt geschuldet wurden: einerlei ob sie gestern oder heute gefordert waren [17]). Und was für die incerten Klagen in dieser Hinsicht Rechtens war, wurde es seit Kaiser Zeno allgemein also auch bei den certen Klagen [18]).

Und schon vor Kaiser Zeno zur Zeit der Römischen Juristen konnte eine Verpflichtung auf dare oportere gar mancherlei umfassen, so daß sich der genauere Klagegrund erst vor dem Geschwornen herausstellen mochte: in welcher Beziehung folgende Stelle nicht ohne Interesse ist.

fr. 30 § 1 de jurej. 12, 2. — Paulus.

> Si juravero te Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura, nec aestimationem mihi

15) Siehe oben § 95, S. 551 fgg.
16) Vgl. Wetzell, Civilproceß, § 70, Anm. 59, 2. Aufl., S. 898.
17) Vgl. oben § 93, S. 499.
18) c. 1 § 3 C. de plus pet. 3, 10; § 34, 35 J. de act. 4, 6.

praestare reus debet nisi ex causa furtiva vel propter moras: tunc enim etiam post mortem servi aestimatio praestatur.

Der Gläubiger hat also geschworen: te Stichum mihi dare oportere und erwirbt in Folge dessen eine Klage, „in qua hoc solum quaeritur, an juraverit dari sibi oportere“ [19]). Die Befugnis des Geschwornen erstreckt sich also zunächst darauf, dies festzustellen, und dann den Schuldner in den Werth der geschuldeten Sache zu verurtheilen. Wie wird es aber, wenn die Sache inzwischen zu Grunde gegangen? Dann hat der Geschworne weiter zu untersuchen, ob der Beklagte für Zufall haftet: ob es sich z. B. um eine condictio furtiva handelt, oder der Schuldner vor dem Untergang der Sache gemahnt war. Hier wird also das nähere zwischen den Parteien obwaltende Rechtsverhältnis erst vor dem Geschwornen klar.

Man greift wohl nicht fehl, wenn man dieselbe Befugnis, welche ein Geschworner im Falle eines jus jurandum auf dare oportere hatte, ihm auch für den Fall beilegt, wo ein solches jus jurandum nicht abgeleistet war. Demgemäß brauchte der Römische Prätor überall, wo es sich um eine Verpflichtung zu dare oportere handelte, auf das genauere Rechtsverhältnis nicht weiter einzugehen, sondern konnte dies erforderlichen Falls dem Geschwornen überlassen. Also der Prätor brauchte sich nicht darum zu kümmern: ob es sich um eine condictio furtiva oder eine andere Condiction handelte, ob der Schuldner gemahnt war, oder nicht — er gab im einen Falle so gut wie im andern eine Formel von folgender Fassung:

> Si paret N^m N^m A^o A^o servum Stichum dare oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

und überließ die nähere Feststellung des Rechtsverhältnisses nöthigenfalls dem Geschwornen.

Dem ist auch nicht entgegen, wenn wir bei Gaj. IV, 55 lesen:

> Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari, eumque ex integro agere posse — — — si quis ex testamento dare sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur,

wonach wir Formeln anzunehmen haben mit dem Zusatz ex testa-

---

[19]) fr. 9 § 1 de jurej. 12, 2.

mento bezw. ex stipulatu, also Formeln, in denen das Rechtsverhältnis bereits näher angegeben war. Denn es wird viel vom Ermessen des Prätors abgehangen haben, wie weit er die Voruntersuchung führen wollte, wie uns dies ja auch anderweitig bekannt ist. So heißt es z. B. bei Gaj. IV, 84:

> quia saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud judicem ostenditur.

Wenn aber der Vollmachtspunkt nicht immer, sondern nur häufig vor dem Geschwornen geordnet wurde; so muß es doch auch Fälle gegeben haben, wo die Erledigung des Vollmachtspunktes bereits vor dem Prätor geschah. Und soweit der Prätor die Voruntersuchung bereits geführt hatte, soweit war allerdings der Geschworne hieran gebunden, und durfte an der Festsetzung des Prätors nicht rütteln[20]).

v. Keller[21]) scheint die Aufnahme des näheren Rechtsverhältnisses in die Intention einer condictio auf certa pecunia oder certa res z. B. der caussa testamenti für eine spätere Entwicklung zu halten. Das wäre möglich und ist sogar sehr wahrscheinlich. Jedenfalls hat man sich aber nach den obigen Ausführungen die Sache nicht so zu denken, als ob diese Aufnahme der caussa in die Intention in späterer Zeit stets erfolgen mußte. Es wird hier vieles vom Ermessen des Prätors abgehangen haben. In welcher Beziehung auch noch angeführt werden mag: daß Gajus zwar a. a. O. von einem ex testamento dare sibi oportere intenderit spricht — dagegen z. B. II, 204 ganz allgemein sagt: der Legatar, welcher in personam klage, müsse intendere, heredem sibi dare oportere.

Diese Betrachtungen sollten uns im allgemeinen davon überzeugen: wie im Römischen Formalismus so manche selbstständige Klage steckt, die, weil dieser Formalismus für uns keinen Sinn mehr hat, als solche an's Tageslicht gezogen werden muß; und wie theilweise schon die Römischen Rechtsgelehrten selber sich bei Annahme selbstständiger Klagen durch ihren eignen Formalismus die Hände nicht binden ließen.

Denn die Römischen Rechtsgelehrten nahmen nicht bloß so weit selbständige Klagen an, als selbständige Anträge vor dem Prätor zur Erlangung einer Formel erforderlich waren. Sie nahmen bei Aufstellung ihres Klagensystemes auch auf das spätere Schicksal der

---

20) Vgl. oben § 93, S. 501.

21) Institutionen, S. 331.

vor dem Prätor gestellten Anträge Rücksicht. Denn ein vor dem Prätor gestellter Antrag konnte sich vor dem Geschwornen gar verschieden gestalten, sobald hier die näheren Voraussetzungen zur Sprache gebracht werden mußten, auf welche der Kläger seinen Anspruch begründete. So wenn der Prätor eine Formel ertheilte, wie ich sie oben ausgeschrieben habe: Si paret N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} servum Stichum dare oportere u. s. w. — was konnte das nicht alles sein? Vielleicht eine Condiction aus Stipulation, oder aus Testament, oder eine condictio furtiva, oder eine condictio indebiti u. s. w.

Auf diesen Gegensatz zwischen heutiger Klage und Römischer actio hat es auch Bezug, wenn Windscheid [22]) sagt:

„Wir sind durch die Einrichtungen unseres processualischen Verfahrens daran gewöhnt, uns unter Klage einen bestimmten einzelnen Prozeßschritt Desjenigen zu denken, welcher einen Anspruch erhebt. Die römische Bezeichnung actio bezieht sich nicht bloß auf das erste Vorbringen des klägerischen Anspruchs, sondern auf die gesammte Thätigkeit des Klägers. Die Actio, welche der Prätor ihm versprochen hat, verwirklicht sich im Prozeß, und sie hört nicht auf, bis das Urtheil gesprochen ist."

Als Beleg mag ferner die Ausdrucksweise „actio inchoata" [23]) angeführt werden, wo wir von einem angefangenen Processe sprechen würden.

Also daraus, daß vor dem Prätor kein selbständiger Antrag gestellt zu werden brauchte, folgt noch keineswegs, daß wir für den betreffenden Anspruch auch keine selbständige Klage anzunehmen haben. Diese Auffassung ist sogar schon für die Zeit der Römischen Juristen verkehrt.

Von dieser Auffassung muß aber die herrschende Ansicht ausgegangen sein, als sie den Satz aufstellte: daß es für die Wirkungen der Mahnung keine besondere Klage gebe, dieselben vielmehr mit der Klage aus der Hauptobligation geltend gemacht werden mußten. Die Römischen Rechtsgelehrten haben sich für gewöhnlich so nicht ausgedrückt, sondern pflegen zu sagen: daß die Wirkungen der Mahnung zur Befugnis des Geschwornen gehörten.

Ich habe schon im vorigen Paragraphen [24]) mich dahin aus-

---

[22]) Die Actio des röm. Civilrechts, S. 7.

[23]) fr. 21 pr. de inoff. test. 5, 2; Cons. V. J. C. 6, 8—9.

[24]) Siehe oben S. 575.

gesprochen: daß wir gut daran thäten, diese gewöhnliche Römische Ausdrucksweise beizubehalten, und nicht mit einer andern zu vertauschen. Die hier gegebenen Ausführungen werden diesen Ausspruch gerechtfertigt haben. Denn ob z. B. etwas aus einer Stipulation geschuldet wurde, oder wegen Diebstahls, wies sich häufig erst vor dem Geschwornen aus; eben so wies sich häufig erst vor dem Geschwornen aus: ob ein Schuldner, weil er eine Stipulation abgeschlossen, oder weil er gleichzeitig eine Mahnung unbeachtet gelassen hatte, in den Werth z. B. eines Sclaven verurtheilt werden mußte. Lebte der Sclave noch, so kam es auf die Mahnung nicht weiter an. War der Sclave aber bereits gestorben, so wurde die Mahnung von Bedeutung; weil ohne Mahnung gar keine Obligation mehr vorhanden gewesen sein würde.

Der Umstand, daß die Wirkungen der Mahnung zur Befugnis des Geschwornen gehörten, hätte also durchaus nicht im Wege gestanden, in dieser Beziehung von besonderen Klagen zu sprechen. Die Römischen Rechtsgelehrten hätten, wie sie von einer besondern condictio furtiva, condictio indebiti, ebenso gut, sofern der gemahnte Schuldner für Zufall haftete, von einer besondern Moraklage sprechen können. Der Umstand, daß die Wirkungen der Mahnung zum officium judicis gehörten, hätte dem wenigstens nicht entgegen gestanden.

Vielleicht begegne ich hier aber noch folgendem Einwande. Wenn die Römer auch eine condictio auf dare oportere, bald condictio indebiti, bald condictio furtiva u. s. w. genannt hätten; so habe es damit doch auch noch eine andere Bewandtnis, als mit unserer Mahnung. Denn dort sei gleich von Anfang an ein verschiedenes Verhältnis gegeben; unsere Mahnung, sofern sie den Schuldner für Zufall verantwortlich mache, setze aber an die Stelle einer Obligation nur eine andere.

Ich kann nun freilich diesen Einwand schon um deswillen nicht gelten lassen: weil in meinen Augen eine Thatsache, die eine Obligation erzeugt, welche ohne diese Thatsache nicht entstanden wäre, allemal auch da einen besonderen Klagegrund abgeben muß, wo sie eine bestehende Obligation zu ihrer Voraussetzung hat. Ich glaube aber dem fraglichen Einwande durch den Römischen Formalismus selber entgegentreten zu können und zwar an der Hand der condictio furtiva.

Im allgemeinen gehört die condictio furtiva freilich in's

Sachenrecht [25]). Es gibt aber auch einzelne Fälle, wo dieselbe eine Obligation zu ihrer Voraussetzung hat, z. B. beim furtum usus [26]). So haften Commodatar und Depositar regelmäßig nur für Culpa, bezw. Dolus; sobald sie sich aber ein furtum usus haben zu Schulden kommen lassen, auch für Zufall. Welche Klage gewähren nun die Römer, wenn die geliehene oder deponirte Sache nach begangenem furtum usus durch Zufall zu Grunde ging? Nicht etwa die Commodats- oder Depositum-Klage, sondern die condictio furtiva.

Auch hier ist also das furtum eine Thatsache, welche eine bestehende Obligation zu ihrer Voraussetzung hat, gerade so gut wie die Mahnung. Und so gut wie die Römer im einen Falle den Schuldner mit einer besondern Klage, der condictio furtiva, für Zufall haften lassen, hätten sie ebenso gut im andern Falle von einer besondern Moraklage sprechen können. Die Römischen Rechtsgelehrten haben dies freilich nicht gethan. Allerdings kommt einmal der Ausdruck morae actio vor [27]). Allein diese Stelle ist sicher verderbt [28]). Und sofern es sich um bloße Nebenforderungen z. B. Zinsen handelte, mochte es auch für Römer, die gewohnt waren, mit einer und derselben actio ganz verschiedenartige Hauptansprüche zu umfassen, etwas Fremdartiges gehabt haben: hier besondere Nebenklagen anzunehmen. So heißt es denn auch einmal in Bezug auf einen solchen Nebenanspruch: non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una [29]).

Wenn aber auch die Römischen Rechtsgelehrten keine besonderen Klagen für unsere Mahnung angenommen haben, so kann doch heutzutage dieser Römische Formalismus für uns in keiner Weise mehr maßgebend sein. Betrachten wir uns jetzt diesen Formalismus, sofern er auf unsere Mahnung Bezug hat, einmal etwas genauer.

Das officium judicis umfaßte den Kreis der einem Römischen Geschwornen im gegebenen Falle zustehenden Befugnisse. Diese Befugnisse konnten ihm entweder ausdrücklich in der Formel ertheilt sein; oder Wissenschaft und Praxis legten diese Befugnisse in die Formel hinein. Man hat nämlich davon auszugehen, daß die Befugnisse des

[25]) Vgl. oben S. 584.
[26]) fr. 16 de cond. furt. 13, 1.
[27]) Vat. fr. § 65.
[28]) Siehe oben § 82, S. 261.
[29]) c. 4 C. Depositi 4, 34.

Römischen Geschwornen zu verschiedenen Zeiten verschiedene waren. Ich erinnere in dieser Beziehung nur daran, was im Laufe der Zeit alles aus dem Ausdruck bona fide herausgelesen wurde [30]). Oder endlich es bedurfte besonderer Rechtsregel, die man sich als neben der Formel herlaufend zu denken hat, und die demnach der betreffende Geschworne im Kopfe haben mußte. Als solche Rechtsregel haben wir schon kennen gelernt: fur semper moram facere videtur [31]); quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem [32]); in bonae fidei judiciis quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio [33]).

Die Wirkungen der Mahnung gehörten nun regelmäßig zum officium judicis. D. h. der Prätor kümmerte sich regelmäßig gar nicht darum, ob gemahnt war oder nicht. Er gab, mochte gemahnt sein oder nicht, stets dieselbe Formel, und überließ es dem Gläubiger, die Wirkungen der Mahnung eventuell vor dem Geschwornen geltend zu machen.

Der fragliche Satz ist in unsern Quellen theils allgemein, theils für einzelne Mahnungswirkungen besonders ausgesprochen.

Der allgemeine Ausspruch findet sich in fr. 32 pr. Us. 22, 1, wenn man, wie ich annehme, bei den Worten „quod apud judicem examinabitur" an den Römischen Geschwornen zu denken hat.

Jedenfalls kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Obligationsverlängerung [34]) wie der Interesseanspruch [35]) vor dem Geschwornen zur Sprache zu bringen waren; und dafür, daß die Zinsen zum officium judicis gehörten, sind eine ganze Reihe von Stellen vorhanden [36]).

Diese Regel, daß der Prätor sich um die Mahnung nicht zu

---

[30]) Vgl. oben § 64, S. 27.

[31]) fr. 8 § 1; fr. 20 de cond. furt. 13, 1. Vgl. dazu Bd. 1, S. 30, 31.

[32]) fr. 91 § 3 V. O. 45, 1. Vgl. dazu Bd. I, S. 293.

[33]) fr. 24 Dep. 16, 3. Vgl. dazu Bd. I, S. 292.

[34]) arg. fr. 30 § 1 de jurej. 12, 2.

[35]) fr. 2 § 8 de eo quod certo loco 13, 4.

[36]) fr. 6 (7) N. G. 3, 5; fr. 24 Dep. 16, 3; fr. 49 § 1 A. E. V. 19, 1; fr. 54 pr. Loc. Cond. 19, 2; fr. 1 pr. Us. 22, 1; fr. 58 pr. ad S. C. Treb. 36, 1; c 13 C. de Us. 4, 32; c. 4 C. Dep. 4, 34; c. 13 C. A. E. V. 4, 49.

kümmern brauchte, hatte indes auch ihre Ausnahmen. So wenn ein Abwesendheitsverfahren eingeleitet wurde [37]).

Oder es handelte sich darum, dem alten Civilrecht entgegen zu arbeiten. So gab der Prätor eine actio utilis gegen den Vater wegen an ihn gerichteter Mahnung, wenn der geschuldete Gegenstand untergegangen war, und der Sohn nicht mehr haftete [38]).

Für den Fall, wenn der fidejussor eine an ihn gerichtete Mahnung nicht beachtet hatte, und darauf der geschuldete Gegenstand untergegangen war, bestand eine Streitfrage unter den Römischen Rechtsgelehrten: ob die hergebrachte Formel ausreiche, oder ob es einer Formeländerung bedürfe [39]).

Die herrschende Meinung hält den Römischen Satz: daß die Wirkungen der Mahnung zur Befugnis des Geschwornen gehörten — für gleichbedeutend mit dem Satze: daß es für die Wirkungen der Mahnung keine besondere Klage gebe. Wie wird denn aber die herrschende Ansicht mit obigen Ausnahmen fertig? Ueber diese Frage hat man bisher noch nicht nachgedacht. Die obigen Ausnahmen werden gänzlich ignorirt. Oder soll etwa die Mahnung heutzutage auch da eine besondere Klage hervorbringen, wo nach Römischem Rechte der Prätor sich um dieselbe zu bekümmern hatte? Das hieße, die Lehre vom officium judicis auf heutigen Rechtsboden verpflanzen, wo es demselben an allen Vorbedingungen fehlt.

Dann ist die Zulassung einer besondern Klage doch auch ein Ding, das von besondern Voraussetzungen abhängt. Es hat nicht im Belieben der Römer gestanden, besondere Klagen da zu geben, wo es an diesen Voraussetzungen fehlte. Nun haben allerdings die Römer für ihre Mora keine von Grund aus neue Formel gebildet. Aber indem sie an der Formel für die entsprechende Obligation herumänderten, und z. B. in fr. 49 pr. V. O. wegen der Mahnungswirkungen eine actio utilis einräumten — was thaten sie der Sache nach anders, als daß sie für die Wirkungen der Mahnung eine besondere Klage schufen?

Ist aber die Zulassung einer besondern Klage ein Ding, das von besondern Voraussetzungen abhängt; haben ferner die Römer in ein=

---

[37]) fr. 23 § 1 Us. 22, 1. Vgl. dazu Bd. I, S. 582—585.

[38]) fr. 49 pr. V. O. 45, 1. Vgl. dazu Bd. I, S. 238, 239.

[39]) Vgl. Bd. I, S. 289 fgg.

zelnen Fällen für die Wirkungen der Mahnung wenigstens der Sache nach eine besondere Klage geschaffen — so folgt schon auf Grund des Corpus juris: daß die Wirkungen der Mahnung an sich gar wohl geeignet sind, mit besonderer Klage geltend gemacht zu werden.

Außerdem beruht es nicht etwa auf einer Art innern Nothwendigkeit, daß die Römer die Mahnungswirkungen dem officium judicis zugewiesen haben; sie hätten für dieselben auch ebenso gut neue Klagen schaffen können: worauf ich in einem andern Zusammenhange noch zurückkommen werde. Vgl. Bd. III, § 110.

Wann nun heutzutage besondere Klagen anzunehmen sind: darüber entscheidet nicht der Römische, sondern der heutige Proceßmechanismus.

Heutzutage hat man aber so weit besondere Klagen anzunehmen, als ein besonderer Klagegrund vorhanden, und eine besondere Klagbitte erforderlich sind.

Was nun zunächst den besondern Klagegrund anbetrifft, so kann in dieser Beziehung füglich kein Zweifel obwalten. Die Mahnung verschafft dem Gläubiger bestimmte Ansprüche, die ihm ohne Mahnung nicht zustehen würden, also beruhen diese Ansprüche auf einem besonderen Klagegrunde.

Und eine besondere Klagbitte kann am wenigsten da fehlen, wo es sich um einen selbständig geltend zu machenden Surrogatanspruch handelt.

Aber auch soweit die Mahnung nur Nebenansprüche erzeugt, ist eine desfallsige Klagebitte erforderlich; man müßte denn schon annehmen: daß ein heutiger Richter in derartige Nebenansprüche unaufgefordert verurtheilen könne. Allein ein heutiger Richter darf „dem Kläger nicht Mehr zuerkennen, als was die Klagebitte fordert, ungebeten also auch keine Accessionen, Früchte, Zinsen und Proceßkosten"[40]).

Nicht minder entschieden wie Wetzell drückt sich Buchka[41]), wenn auch nur in Bezug auf Proceßzinsen, aus. Derselbe sagt:

„Schließlich ist noch zu erwähnen, daß die irrthümliche Verwechselung des römischen officium judicis mit dem ex officio Handeln unseres heutigen Richters zu der Annahme geführt hat, daß auf die Proceßzinsen, quae officio judicis debentur, ohne Antrag des Klägers ex officio zu erkennen sei. Wie verbreitet indeß diese Vorstellung auch von den frühesten Zeiten her gewesen ist, so muß sie dennoch verworfen werden, da sie ihren Grund ausschließlich in

[40]) Wetzell, Civilproceß, § 43, zweite Aufl., S. 465. Vgl. auch die dort Anm. 35 a. E. angeführten Schriftsteller.

[41]) Einfluß des Proceßes, Bd. II, S. 167.

dem so eben hervorgehobenen Irrthum hat, und überdies mit den Grundprincipien unseres auf die Verhandlungsmaxime gebaueten Processes in Widerspruch steht."

Und hierauf bezieht sich vor allen Dingen die Rechtsregel: ne eat judex ultra petita partium.

Man ist freilich vielfach, und namentlich in früherer Zeit, anderer Ansicht gewesen [42]; allein sehr mit Unrecht. Auch stehen in Seuffert's Archiv noch manche Entscheidungen, die als Ausfluß dieser verkehrten Anschauung zu betrachten sind; andererseits ist hier aber die richtige Ansicht, zu welcher sich auch das Reichsoberhandelsgericht zu bekennen scheint [43]), gleichfalls schon vertreten. Ueberhaupt kann man die einschlägigen Entscheidungen des Seuffert'schen Archivs in drei Classen theilen.

Die richtige Ansicht wird vertreten vom O. A. G. zu Jena in einem Erkenntnisse vom Jahre 1857 [44]), und auch das O. A. G. zu Kiel stellt in dieser Beziehung richtige Grundsätze auf [45]).

Dagegen das O. A. G. zu Jena in einer ältern Entscheidung vom Jahre 1830 [46]), das Obertribunal zu Berlin [47]) und das O. A. G. zu Cassel [48]) haben geradezu ausgesprochen: daß der heutige Richter auf Nebenleistungen unaufgefordert zu erkennen habe.

In andern Entscheidungen wird dann wieder am Satze „ne eat judex ultra petita partium" äußerlich festgehalten, daneben aber angenommen: daß Accessionen stets stillschweigend mitgefordert seien.

So heißt es z. B. in einem Erkenntnisse des O. A. G. zu Wolfenbüttel [49]):

„indem die Maxime des deutschen Proceßrechts, nach welcher nicht

---

[42]) Siehe die Literatur bei Wetzell, a. a O., Anm. 35 i. A.; Buchka, a a. O., Anm. 12.

[43]) Entsch. Bd. I, S. 136, Worte: „Nun mag immerhin die Ansicht, daß es außer dem Hauptgesuch der Klage eines besonderen Nebengesuches in Betreff der Accessionen nicht bedürfe, sondern dieserhalb vom Richter auch ohne Antrag zu erkennen sei, erheblichen Bedenken unterliegen."

[44]) Seuffert's Archiv, Bd. 12, Nr. 91.

[45]) Ebendas., Bd 8, Nr. 95 und 173.

[46]) Ebendas., Bd. 9. Nr. 84.

[47]) Ebendas., Bd. 22, Nr. 264

[48]) Ebendas., Bd. 10, Nr. 296.

[49]) Ebendas., Bd 19, Nr. 191.

ultra petita zu erkennen ist, es gleichwohl zuläßt, daß auf Accessionen, weil sie eben als solche in dem Hauptpetitum stillschweigend mit beantragt sind, auch ohne ausdrücklichen Antrag erkannt werde."

Und ein Erkenntnis der Juristenfacultät zu Halle [50]) hat in dieser Beziehung folgenden Satz:

„es ist dasselbe in dem Verlangen des quanti ea res stillschweigend mitenthalten, und die aus dem dargelegten Sachverhältniß fließende Verurtheilung des Verklagten in diese Accessionen ist ein Ausfluß des officium judicis."

Diese letzte Auffassung ist jedenfalls nicht zu halten: sie beruht auf einer Verwechslung der Begriffe Nichtforderung und stillschweigender Forderung. Denn wenn jemand sich z. B. darauf beschränkt, ein Kapital von 100 zu fordern; so fordert er nicht stillschweigend Zinsen mit, sondern er fordert gar keine Zinsen. Und dem Erkenntnisse der Juristenfacultät zu Halle gegenüber ist noch besonders hervorzuheben: daß es Klagen auf quanti ea res heutzutage überall nicht gibt.

Aber auch die andere Ansicht ist verkehrt, wonach der heutige Richter berechtigt sein soll, unaufgefordert auf Nebenleistungen zu erkennen, obwohl diese Ansicht neuerdings wieder von Wieding [51]) und Muther [52]) vertheidigt wird.

Man hat die Rechtsregel ne eat judex ultra petita partium vorzugsweise auf Stellen wie fr. 18 de comm. div. 10, 3 und Cl. Saepe (2) de V. S. 5, 11 gestützt. Ich will es hier ununtersucht lassen, in wie fern jene beiden Stellen den fraglichen Satz wirklich enthalten. Denn der Satz, als solcher: daß einem Kläger nicht mehr zuzusprechen sei, als er forderte [53]) — wird nach Römischem und Kanonischem Rechte ebenso gut, wie heutzutage, gegolten haben. Der fragliche Satz hat aber für das heutige Proceßrecht wegen anderweitiger processualischer Einrichtungen eine ganz andere Bedeutung, als z. B. für das Römische. Heutzutage kann nämlich ein Kläger seine Klage nach der Litiscontestation im allgemeinen nicht mehr ändern [54]).

---

[50]) Ebendas., Bd. 24, Nr. 163.

[51]) Der Justinianische Libellproceß, S. 710 fgg.

[52]) Krit. Vierteljschr., Bd. 9, S. 349 fgg.

[53]) Vgl. oben § 93, S. 499.

[54]) Buchka, Einfluß des Processes, Bd. II, S. 92, 93; Wetzell, Civilproceß, 2. Aufl., S. 898. Vgl. unten § 99.

Ferner fehlt uns heutzutage eine ganze Menge unbestimmter Klagen des Römischen Rechts, weil heutzutage der Kläger sich in der Klagbitte so bestimmt, wie möglich, ausdrücken muß [55]). Eine Klage, wie die Römische actio ex emto — Richter, ich habe von dem N. N. eine Sache gekauft, verurtheile jetzt den N. N. in so viel Geld, als mir zukommt — die freilich von Haus aus alles Mögliche umfaßt, gibt es heutzutage nicht mehr. Der heutige Kläger hat in der Klage sein Gesuch so bestimmt, wie möglich, zu stellen; was er in der Klage nicht fordert, wird ihm nicht zugesprochen: also auch keine Nebenleistungen, soweit er sie nicht forderte.

Dieser Gegensatz zwischen heutigem und Römischem Recht wird von Wetzell [56]) sehr gut so ausgedrückt:

„Allein die Stellen des R. R., auf welche man (nämlich die Gegner) sich beruft, verstehen unter officium judicis die durch die formula bestimmten Befugnisse des „judex“ — im Gegensatz zum Magistrat — und setzen einen Klagantrag voraus, der entweder so allgemein gefaßt war, daß er die Nebenleistungen in sich schloß — quidquid d. f. oportet — oder der wie bei den dinglichen Klagen nach einer herkömmlichen Interpretation auf die causa rei mit bezogen wurde — —. Von dieser Interpretationsregel, welche der heutigen Rechtsanschauung durchaus fremd ist, hat die Praxis abgesehen, und eine auf vermeintlicher Billigkeit beruhende, rein positive Vorschrift für das richterliche officium an die Stelle gesetzt, was durch Nichts gerechtfertigt wird.“

Mit dieser Wetzell'schen Ansicht steht auch die Mecklenburg'sche Praxis durchaus in Einklang. In Mecklenburg wird auf Nebenleistungen aller Art nur erkannt, wenn um dieselben besonders gebeten. Und diese Wetzell'sche Beweisführung wird keineswegs dadurch entkräftet, wenn Muther [57]) meint:

„Die Wetzell'sche Bemerkung über die Vorschriften des römischen Rechts in dieser Beziehung verwechselt Klagantrag (Petitum) mit Intentio, kann uns daher nicht hindern, der entgegengesetzten Ansicht den Vorzug zu geben.“

Allerdings ist Klageantrag und Intentio etwas Verschiedenes.

---

[55]) Siehe oben § 95, S. 551 fgg.

[56]) Civilproceß, 2. Aufl., S. 465, Anm. 35.

[57]) Krit. Vierteljschr., Bd. 9, S. 352.

Es ist aber doch nicht anders denkbar, als daß da, wo die Formula eine unbestimmte Intentio enthielt, auch ein unbestimmter Klagantrag genügt haben muß [58]).

So ist denn auch für Nebenleistungen nach heutigem Proceßrecht eine besondere Klagebitte erforderlich. Und an diesem Satze wird man für Nebenleistungen, welche die Mahnung hervorbringt, um so mehr festzuhalten haben, als der Gläubiger hier häufig in der Lage sein wird, von mehreren an sich möglichen Leistungen nur eine zu wählen. Z. B. bei Geldschulden beschränkt sich der Gläubiger meistens auf Mahnungszinsen. Wenn nun ein solcher Gläubiger in seiner Klage z. B. um 100 nebst Mahnungszinsen vom 17. Januar bittet; so steht es doch nicht in der Befugnis des heutigen Richters, eine solche Klage so aufzufassen, als ob der Gläubiger daneben Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung gefordert hätte, soferne dieser Schadensersatz den Betrag der Mahnungszinsen übersteigt. Ist aber dieses richtig; so darf ein solcher Richter auch eine Klage bloß auf 100 nicht so auffassen, als ob daneben Schadensersatz oder Mahnungszinsen gefordert wären.

Demnach erhalten wir für die Wirkungen der Mahnung zwei Klagen: eine Surrogatklage und eine Nebenklage. Mit der Nebenklage muß ich mich noch etwas näher beschäftigen.

Zweien Schriftstellern bin ich begegnet, die vom Römischen Formalismus heutzutage ebenfalls nichts wissen wollen [59]), die aber zu weit gehen, indem sie für die Geltendmachung der Mahnungswirkungen nur eine Hauptklage im Sinne zu haben scheinen. Das ist nicht richtig. Denn Nebenforderungen können stets nur Nebenklagen entsprechen.

§ 98.

Geltendmachung der Mahnungswirkungen. Die Nebenklage.

Bereits im ersten Bande, wo es sich um eine Mehrheit von Schuldnern handelte, machte ich aufmerksam auf den Unterschied zwischen den Begriffen Anhängsel und Nebenverpflichtung. Ich sagte dort unter anderm [1]):

[58]) Vgl. oben § 95, S. 551.

[59]) Westphal, Kauf, Pacht, Miethe, § 557; Höpfner, Beiträge, Bd. II, S. 2, 3.

[1]) Bd. I, S. 251.

„Der Unterschied zwischen Anhängsel und Nebenverpflichtung ist darein zu setzen, daß ein Anhängsel ohne Hauptverpflichtung gar nicht bestehen kann. Eine Nebenverpflichtung hingegen, bedarf zwar um in's Leben zu treten, zunächst der Hauptverpflichtung. Ist sie aber dann einmal entstanden, so zieht der Untergang der Hauptverpflichtung nicht nothwendig den der Nebenverpflichtung nach sich. Die Nebenverpflichtung kann also auch möglicherweise ihre eigenen Wege gehen."

In ähnlicher Weise ist auch die Nebenforderung, z. B. der Anspruch von Mahnungszinsen, die dem Gläubiger außer der Hauptforderung einem Schuldner gegenüber zusteht, nicht mit einem Anhängsel zu verwechseln. Auch eine solche Nebenforderung bedarf zwar, um in's Leben zu treten, zunächst der Hauptforderung. Ist sie aber dann einmal entstanden, so zieht der Untergang der Hauptforderung nicht nothwendig den der Nebenforderung nach sich. Und eben so wenig ist unumgänglich nothwendig, was auch aus obigem Satze gleichzeitig folgt: daß die Nebenforderung stets neben der Hauptforderung klagend geltend gemacht werde.

So entsteht denn die Frage: was ist eigentlich das Characteristische einer solchen Nebenforderung?

Auf diese Frage werden wir aber erst dann eine Antwort ertheilen können, wenn wir untersucht haben, in welchen Fällen die Nebenforderung, als solche, klagend geltend gemacht werden kann.

1. Eine Nebenforderung, als solche, klagend geltend zu machen, kann zunächst da keinem Bedenken unterliegen, wo die Hauptklage durch Zufall zu Grunde gegangen ist.

Das Römische Recht hat diesen Satz zwar nur für eine neben rei vindicatio durch Litiscontestation entstandene Nebenforderung aufgestellt [2]); es ist indes wenigstens vom Standpunct des heutigen Rechts aus nicht einzusehen, warum das nämliche nicht auch für die durch unsere Mahnung hervorgerufene Nebenforderungen gelten sollte.

Hat also die Mahnung z. B. einen Anspruch auf Früchte erzeugt, so kann dieser Nebenanspruch auch dann klagend geltend gemacht werden, wenn die fruchttragende Sache selber bereits zufällig zu Grunde gegangen wäre [3]).

---

[2]) fr. 16 pr. R. V. 6, 1. Vgl. dazu Wetzell, Civilproceß, § 14, Anm. 68, 2. Auflage, S. 115; 3. Auflage, § 14, Anm. 72, S. 131.

[3]) So auch Mommsen, a. a. O. S. 254.

2. Die Nebenforderung kann besonders eingeklagt werden, so lange die Hauptforderung besteht. Gleichzeitige Anstellung der Hauptklage ist also keineswegs nöthig. Dieser Satz wird allgemein ausgesprochen für Zinsen, welche ex bonae fidei judicio geschuldet werden [4]), also für Zinsen, welche auf dem officium judicis beruhen, gilt mithin auch für Mahnungszinsen. Und was von den Mahnungszinsen muß ebenso von allen sonstigen Nebenforderungen gelten, welche die Mahnung hervorbringt.

3. Die Nebenforderung, wenn auch eingeklagt neben der Hauptforderung, kann zum Gegenstand eines besonderen Verfahrens gemacht werden, sofern hierzu ein besonderer Grund vorhanden. Das Schicksal dieses besonderen Verfahrens ist dann unabhängig von dem Bestande der Hauptforderung.

So kann z B. wenn Mahnungszinsen, die mit der Hauptforderung eingeklagt wurden, aberkannt sind, wegen derselben ein Rechtsmittel durchgemacht werden [5]). Und auf dieses Rechtsmittelverfahren hat es nicht den mindesten Einfluß: ob die Hauptforderung in der Zwischenzeit bezahlt wurde oder nicht.

Ein weiterer Grund zur Einleitung eines besonderen Verfahrens wegen einer Nebenforderung liegt z. B. dann vor, wenn die Liquidität der Hauptforderung das Geltendmachen der Nebenforderung neben sich nicht duldet. Es wird z. B. eine Wechselklage angestellt, in der auch Mahnungszinsen gefordert sind; die Mahnung ist indes nicht durch Urkunden belegt und wird vom Schuldner geleugnet. Hier muß der Anspruch wegen Mahnungszinsen zum besonderen Verfahren verwiesen werden [6]).

Was vom Wechselprozeß gilt in gleicher Weise vom Executivprozeß. In welcher Beziehung mir nicht recht verständlich ist, wenn Gerber [7]) hierüber sagt:

---

[4]) fr. 23 de exc. rei jud. 44, 2. Vgl. dazu Bd. I, S. 583, v. Keller, Litiscontestation, S. 536; Wächter, Erörterungen, Bd. III, S. 25, Anm. 30 a; Bekker, Consumption, S. 40; Krüger, Consumtion, S. 77—79, 142, 188; Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 259, Anm 10; Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse, S. 126; Salkowski, Zur Lehre von der Novation, S. 284.

[5]) c. 13, C. de us. 4, 32.

[6]) Vgl. Sintenis, Civilrecht, Bd. II, § 87, Anm. 24 a. E.

[7]) Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast, 1858, S. 67.

„Denn wollte man annehmen, daß die Rechtsverletzung, welche in der mora enthalten ist, eine selbständige, auf die Verzugszinsen gerichtete neue Obligation erzeugte, so müßte man der Consequenz halber auch im Executivprocesse die Anforderung an den Kläger stellen, seine Forderung auf die Verzugszinsen sofort durch einen Urkundenbeweis über die rechtswidrige Verzögerung liquid zu machen."

Allerdings muß nämlich ein solcher Gläubiger, der Mahnungszinsen im Wege des Executivprocesses fordert, so viel er als solcher überhaupt zu beweisen hat, sofort liquide machen. Kann er dies nicht, so wird er mit seinem Zinsen-Anspruch zum besondern Verfahren verwiesen. Und darin zeigt sich eben: daß wir es in dieser Beziehung mit einer neuen Obligation zu thun haben.

Ein besonderes Verfahren wird ferner da gerne eingeleitet, wo es sich um einen Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung handelt[8]). Hier pflegt die Sache den Verlauf zu nehmen, daß der Kläger gleich in seiner Klage das Gesuch stellt: den Beklagten Liquidation vorbehältlich zur Erstattung des gesammten Schadens zu verurtheilen. Der Kläger beantragt also gleich von vorneherein ein besonderes Verfahren zur Feststellung der Höhe des Schadens. Auf diesen Antrag des Klägers betreffend eine besondere Liquidationsinstanz wird dann von Seiten des Richters keine eigne Verfügung erlassen. Indem aber der Richter sich darauf beschränkt, zunächst bloß wegen der Hauptforderung Verhandlung einzuleiten, erklärt er sich stillschweigend mit dem Antrage des Klägers betreffend die besondere Liquidationsinstanz einverstanden. Und es kann keinen Unterschied machen, ob ein Richter eine Nebenforderung ausdrücklich oder stillschweigend zum besondern Verfahren verweist.

4. Klagt aber ein Gläubiger eine Hauptforderung ohne die Nebenforderung ein, so wird man in einer solchen Handlungsweise des Gläubigers heutzutage einen stillschweigenden Verzicht auf seine Nebenforderung erblicken müssen [9]). Das römische Recht schließt in einem solchen Falle freilich auch die Klage auf die Nebenforderung aus [10]); hier erscheint

---

[8]) Siehe oben § 95, S. 552.

[9]) Aehnlich Windscheid, Pandekten, Bd. I, § 130, Anm. 24: „Für uns kann es sich nur darum handeln, ob nicht in einem gegebenen Falle in der Beschränkung der ersten Klage ein Verzicht auf jede Nachforderung gefunden werden müsse."

[10]) c. 4, C. Dep. 4, 34; c. 13, C. de us. 4, 32.

indes dieser Satz lediglich als Folge der processualischen Consumtion [11]). Dieser Gesichtspunct ist für das heutige Recht nicht mehr zutreffend. Will man daher den fraglichen Satz überall halten, so wird man ihn anderweitig begründen müssen. Dies dürfte aber kaum anders als durch Annahme eines Verzichtes zu machen sein; und eine derartige Auffassung ist unserm heutigen Rechtsgefühle auch keineswegs zuwider [12]). So gilt denn für eine solche Nebenforderung heutzutage etwas Besonderes. Denn soweit es sich um einen Hauptanspruch handelt, kann ein heutiger Kläger denselben beliebig theilen. Z. B. von hundert, die ihm aus einem Darlehn geschuldet werden, kann er heute 50 und übers Jahr wiederum 50 einklagen. Anders steht aber dem obigen zufolge die Sache, wenn es sich um eine Hauptschuld von 50 und eine Nebenschuld von 50 handelt. Beschränkt sich hier der Gläubiger darauf, die Hauptschuld allein einzuklagen, so ist es um seine Nebenforderung geschehen.

Das Characteristische einer Nebenforderung besteht also zuvörderst darin, daß sie nicht beliebig von der Hauptforderung abgetrennt werden kann; sie wird nicht so behandelt, als ob sie ein Theil der Hauptforderung wäre, zu welchem Ergebnis Göppert a. a. O. gelangt.

Man kann auch so sagen: in Bezug auf Nebenforderungen ist ein stillschweigender Verzicht durch bloße Unterlassung möglich, die, wo es sich um Hauptforderungen handelt, nicht so gedeutet werden darf.

Dieser stillschweigende Verzicht kann die ganze oder nur einen Theil der Nebenforderung betreffen. Es hat z. B. jemand am 5. September gemahnt, derselbe verlangt aber nur vom 5. October, als dem Tage der Klagmittheilung, Mahnungszinsen. Dieser Gläubiger verzichtet nur auf einen Theil seiner Mahnungszinsen, nämlich für den einen Monat [13]).

Besondere Beachtung verdient noch folgender Punkt. Der § 139 des Deputationsabschiedes zu Speyer vom Jahre 1600 gestattet dem Gläubiger, der die fünfprocentigen Mahnungszinsen „nit annemblich" befindet, „ein mehrs zu fordern" und „zu liquidirn". Diese Bestimmung versteht das Rostocker Oberappellationsgericht [14]) dahin: daß der

---

[11]) Vgl. Krüger, Consumtion, S. 211; Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse, S. 126, 127.

[12]) Zu weit geht Göppert a. a. O.

[13]) Vgl. Bd I, S. 562.

[14]) Buchka und Budde, Entscheidungen, Bd. II, Nr. 32; auch in Seuffert's Archiv, Bd. 12, Nr. 14.

Gläubiger nicht berechtigt sei, neben Mahnungszinsen den Ersatz sonstigen Schadens zu fordern. Das halte ich nicht für richtig. Allerdings, wer sich darauf beschränkt, Mahnungszinsen zu fordern, verzichtet damit stillschweigend auf weitergehende Schadensansprüche. Dagegen ist es meines Erachtens durchaus zulässig: neben der Forderung von Mahnungszinsen sich die Liquidation weitergehender Schadensersatzansprüche vorzubehalten. Das Reichsgesetz räumt dem Gläubiger kein Wahlrecht zwischen den Mahnungszinsen oder dem Schadensersatz ein, sondern ein Wahlrecht zwischen den Mahnungszinsen oder aber einem drüber hinaus zu liquidirenden Mehr. Die fünf Procent soll der Gläubiger auf alle Fälle haben. Nach der Entscheidung des Rostocker Oberappellationsgerichtes könnte es sich aber sehr leicht ereignen, daß ein Interesse liquidirender Gläubiger weniger als fünf Procent, oder auch gar nichts erhielte, wenn es ihm nämlich nachher nicht gelingen sollte, die betreffenden Beweise zu führen.

Mit einem Gläubiger, der eine Hauptforderung ohne die Nebenforderung einklagt, steht der auf gleicher Stufe, welcher sich bei einem Erkenntnisse beruhigt, das die Nebenforderung ausdrücklich oder stillschweigend aberkennt [15]).

5. Wie in Einklagung einer Hauptforderung ohne die Nebenforderung, so wird man auch darin einen stillschweigenden Verzicht auf die Nebenforderung erblicken müssen, wenn dem Gläubiger die Zahlung der Hauptforderung ohne die Nebenforderung angeboten wird, und er diese Zahlung so annimmt [16]).

Ein solcher Verzicht kann indes durch Protestation des Gläubigers ausgeschlossen werden. Es handle sich um eine Schuld von 100; der Gläubiger begehre einjährige Mahnungszinsen; der Schuldner bestreite, daß er vor einem Jahre gemahnt sei. Hier kann der Gläubiger, wenn er über die 100 Quitung ertheilt, sich seinen Anspruch wegen der Mahnungszinsen vorbehalten, und diesen so vorbehaltenen Anspruch später besonders einklagen.

In Zulassung eines derartigen Vorbehaltes war man früher viel unbedenklicher, als in neuerer Zeit.

---

[15]) Quistorp, Beiträge, 2. Auflage, Nr. 58, S. 895 fgg.; Glück, Erläuterung, Bd. 21, S. 59.

[16]) Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 12, S. 303, Nr. 80. Entsch. des R. O. H. G., Bd. III, S. 274. Vgl. oben Bd. I, S. 274; Bd. II, § 88, S. 401 fgg.

Dafür z. B. Carpzov[17]) unter Bezugnahme auf zwei Erkenntnisse aus den Jahren 1601 und 1634, Stryck[18]), Wernher[19]) unter Bezugnahme auf ein Erkenntnis vom Jahre 1719, Huber[20]) unter Bezugnahme auf ein Erkenntnis aus dem Jahre 1681, Hommel[21]), Berger[22]), unter Bezugnahme auf ein Erkenntnis vom Jahre 1770, Quistorp[23]), Mevius[24]), Hofacker[25]), Waldeck[26]) unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des O. A. G. zu Wolfenbüttel, Höpfner[27]), das O. A. G. zu Oldenburg[28]), wenngleich auf einem Umwege, in einer Entscheidung vom Jahre 1853 u. a. m.

Dagegen z. B. Gebrüder Becmann[29]), Wolff[30]), Sintenis[31]), das O. A. G. zu Jena[32]) in einer Entscheidung vom Jahre 1850, Mommsen[33]), Windscheid[34]), und überhaupt heutzutage die herrschende Meinung. Glück[35]) ist schwankend.

In allerneuester Zeit haben sich wieder für den Vorbehalt ausgesprochen: Unger[36]), das H. A. G. zu Nürnberg[37]) in einer Ent=

---

[17]) Juris prudentia forensis (1694) pars II const. 30 def. 12.

[18]) Usus modernus pandectarum (1716) ad lib. 22, tit. 1 de usuris § 8.

[19]) Select. Observat. for. (1719) Tom. II, P. VI, Obs. 391.

[20]) Praelectiones (1766), Tom. III, ad tit. de us. § 25

[21]) Rhapsodia quaestionum (1769), Obs. 221, § 7.

[22]) Oeconomia juris (1770), Lib. III, tit. 15, th. 2 n. 12.

[23]) Beiträge, 2 Auflage, 1787, Nr. 58, S. 893, 894.

[24]) Decisiones (1791), Pars I, Dec. 219.

[25]) Principia juris (1803), Tom. III, § 1848.

[26]) Controversen=Entscheidungen, 1827, Erster Theil, S 168—171.

[27]) Beiträge zur civilrechtlichen Praxis, 1850, Bd. II, S. 1—6.

[28]) Seuffert's Archiv, Bd. 6, Nr. 321.

[29]) Consilia et decisiones, 1784, P. II, dec. 51 n. 19.

[30]) Mora, S. 505—508.

[31]) Civilrecht, Bd. II, § 87, Anm. 24.

[32]) Seuffert's Archiv, Bd. 12, Nr. 254.

[33]) a. a. O. S. 330, 331.

[34]) Kritische Zeitschrift, Bd. III, S. 277.

[35]) Vgl. Erläuterung, Bd. IV, S. 431, Anm. 3 mit Bd. 21, S. 64.

[36]) In der Oesterreichischen Vierteljahrsschrift, Bd. XIV, S. 122.

[37]) Siehe Goldschmidt u. Laband, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 12, S. 303.

scheidung vom Jahre 1867, Windscheid[38]), und indirect auch das Reichoberhandelsgericht[39]).

Und die Zulassung eines derartigen Vorbehaltes zu der Wirkung, daß der so vorbehaltene Anspruch besonders eingeklagt werden könne: ist heutzutage eben sowohl Bedürfnis wie früher. Wenn man sich gegen diesen Rechtssatz in neuerer Zeit so sehr gesträubt hat, so dürfte sich dies daraus erklären: daß man einentheils die Begriffe Anhängsel und Nebenforderung nicht auseinander hielt, und andererseits vom Römischen Recht eine ungehörige Anwendung machte.

Die sonstigen Aushülfen, die man hier versucht hat, sind jedenfalls ungenügend. Denn wenn z. B. Wolff und Mommsen hier mit Annahme einer Naturalobligation helfen wollen, so ist eine solche Annahme nicht bloß unstatthaft — die Aushülfe auch nicht ausreichend.

Ebenso wenig kann man hier, sofern es sich um Geldschulden handelt, viel mit dem Satze anfangen: daß die Zahlung zuerst auf die Zinsen anzurechnen sei. Es kommen in dieser Beziehung vornämlich in Betracht c. 1 C. Sol. 8, 43; fr. 5, § 2; fr. 48, Sol. 46, 3.

Die erstere Stelle handelt von einem Schuldner, „qui ex pluribus contractibus pecuniam debet", bezieht sich also auf Vertragszinsen.

Die zweite Stelle bezieht sich auf einen Pfandgläubiger, der veräußert hat, dessen Befugnisse in dieser Beziehung wesentlich andere waren, als die eines Zahlung entgegennehmenden Gläubigers[40]).

Und ähnlich verhält es sich mit der dritten Stelle, wo eine Frau veräußert hat, die wegen ihrer Mitgift Besitzeinweisung in das Vermögen ihres Mannes erlangt hatte.

Sämmtliche Stellen gehören also gar nicht hierher. Außerdem darf der Gläubiger ein solches Anrechnen auf die Zinsen nur unter der Voraussetzung vornehmen, daß der Schuldner nichts anderes ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt hat. So wird aber der Fall meistens liegen. Denn daß auch auf die stillschweigend getroffene Verfügung des Schuldners in dieser Beziehung Rücksicht zu nehmen ist, ergibt deutlich fr. 1, Sol. 46, 3, wo folgende Verhaltungsmaßregel aufgestellt wird: aequissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret.

---

[38]) Pandekten, Bd. II, § 259, Anm. 10.

[39]) Entsch. Bd. III, S. 274, Worte: „Dagegen liegt in der widerspruchs- und vorbehaltslosen Empfangnahme u. s. w."

[40]) Vgl. fr. 101, § 1, Sol. 46, 3; fr. 35, pr. de pign. act. 13, 7; fr. 68, § 1, de fidej. 46, 1.

Durch einen Vorbehalt des Gläubigers kann demnach der richtigen Ansicht zufolge der Verzicht beseitigt werden. Außerdem setzt derselbe voraus, daß die Umstände seiner Annahme nicht entgegen stehen. In dieser Beziehung beachte man folgende Beispiele.

Correalgläubiger A hat gemahnt, der Schuldner bezahlt aber an den Correalgläubiger B, und zwar, da dieser keine Mahnungszinsen zu fordern hat [41]), nur die Hauptschuld. Durch eine solche Manipulation kann Correalgläubiger A um so weniger um seinen Anspruch auf Mahnungszinsen gebracht werden, als ihm dieser selbst durch einen ausdrücklichen Verzicht des B nicht hätte entzogen werden können. Die Sache liegt hier ähnlich, wie wenn eine Hauptforderung durch Zufall untergeht, in welchem Falle, wie wir unter 1 gesehen haben, einer Geltendmachung der Nebenforderung nichts im Wege steht.

Oder ein Gläubiger, der mehrere Correalschuldner hat, mahnt den einen A, die Zahlung erfolgt aber von dem nichtgemahnten Correalschuldner B; und zwar bezahlt dieser, da er keine Mahnungszinsen schuldet [42]), nur die Hauptschuld. Auch hier kann der Gläubiger seinen Anspruch auf Mahnungszinsen, den er gegen A hat, besonders einklagen.

Und ebenso verhält sich die Sache, wenn man sich denkt: daß der gemahnte Schuldner ein Nebenschuldner z. B. ein Bürge war [43]), die Zahlung aber von dem Hauptschuldner erfolgte.

6. Für eine nicht mitnovirte Nebenforderung ist ausdrücklich ausgesprochen: daß sie mit der Klage aus der alten Obligation besonders geltend gemacht werden könne.

fr. 4, § 1, Us. 22, 1. — Papinianus.

id enim quod non transfertur in causam novationis jure pristino peti potest [44]).

Dazu bemerkt Salkowski [45]):

„Ueberhaupt ist aber zu beachten, daß die Willensmeinung der Parteien in allen besprochenen Fällen auch ein anderes Resultat herbeiführen kann. So wird in dem Abschlusse der Novations-

---

41) Siehe Bd. I, S. 315.
42) Bd. I, S. 319.
43) Vgl. Bd. I, S. 249.
44) Vgl auch fr. 3, § 1, A. E. V. 19, 1, und dazu oben S. 275.
45) Zur Lehre von der Novation, S. 285.

stipulation sehr wohl ein Verzicht des Gläubigers auf die Zinsen liegen können."

Dies wäre jedenfalls für's heutige Recht zu beachten, wenn und soweit die Grundsätze der Römischen Novation heutzutage überall noch anwendbar sein sollten.

Das Characteristische einer Nebenforderung besteht also diesen Ausführungen zufolge vorzugsweise darin: daß eine Einklagung oder Bezahlung der Hauptforderung ohne die Nebenforderung regelmäßig auf einen stillschweigenden Verzicht des Gläubigers in Bezug auf die Nebenforderung schließen läßt.

Diese Theorie vom stillschweigenden Verzicht ist freilich in dieser Reinheit noch nicht im Corpus juris entwickelt, obwohl sie demselben keineswegs ganz fremd ist[46]; für das heutige Recht ist sie jedenfalls die allein mögliche, von der auch die oben, bei Anm. 17—28, genannten Practiker, wie Carpzov, Stryk u. s. w. sammt und sonders ausgehen. Die Römer, die in dieser Beziehung von Haus aus namentlich auch mit der negativen Function der exceptio rei judicatae zu kämpfen hatten, haben hier vieles mit ihrem officium judicis zugedeckt[47], und sich andererseits theilweise durch Rechenkunststücke[48], theils durch andere Künsteleien geholfen, in welcher Beziehung hier nur an das augmentum dotis erinnert werden mag[49].

§ 99.

Geltendmachung der Mahnungswirkungen. Angabe und Beweis.

Da die Mahnungswirkungen sehr mannigfaltiger Art sind, sich zum Theil sogar gegenseitig ausschließen, genügt es nicht, wenn der Gläubiger etwa folgenden allgemeinen Antrag stellen wollte: Richter, ich habe gemahnt, verurtheile daher den Beklagten in alles, was mir zukommt — es ist vielmehr Sache des Gläubigers: ganz bestimmt anzugeben, welche Wirkungen der Mahnung er geltend machen will[1].

---

[46]) Vgl. z. B. fr. 10 de eo quod certo loco 13, 4, Worte: quod creditor accipiendo pecuniam etiam remisisse poenam videtur, und dazu Bd. I, S. 274.

[47]) Siehe z. B. fr. 49, § 1, A. E. V. 19, 1.

[48]) Siehe fr. 32, § 3, Us. 22, 1, und dazu Bd. I, S. 239—248.

[49]) Vgl. fr. 31, § 4, S. M. 24, 3; und dazu oben § 88, S. 401.

[1]) Vgl. Seuffert's Archiv, Bd. III, Nr. 382, und Bd. XIII, Nr. 283.

Was den Zeitpunkt anbetrifft, wann diese Aufgabe zu machen, so reicht es im allgemeinen hin, wenn sie in der Klage erfolgt. Eine Ausnahme bilden in dieser Hinsicht indes die außerordentlichen Wirkungen der Mahnung, die regelmäßig schon vor der Klage vorbereitende Erklärungen von Seiten des Gläubigers erfordern.

Die außerordentlichen Wirkungen der Mahnung sind: Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, sofern noch Erfüllung möglich, und Abgehen vom Vertrage, wie wenn derselbe nicht geschlossen wäre.

In Bezug auf beide Wirkungen verlangt das H. G. B. [2]) vom Gläubiger, der sie geltend machen will, regelmäßig: zuvorige Anzeige und Gewährung einer Frist zur Nachholung des Versäumten. Und was das H. G. B. in dieser Hinsicht bestimmt, ist auch sonst richtig [3]).

Hat dann aber der Gläubiger sich einmal für eine außerordentliche Wirkung entschieden, so ist er an seine Erklärung gebunden und darf nicht wieder zu den ordentlichen Wirkungen z. B. zum Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zurückgreifen [4]).

Anlangend das Verhältnis der beiden außerordentlichen Wirkungen zu einander, so wird man einem Gläubiger, der anfangs Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchte, gestatten müssen, auch noch nachher vom Vertrage zurückzutreten. Denn ein solcher Gläubiger mindert seinen Anspruch nur ab, da ein gemahnter Schuldner einen zu seinen Gunsten im Vermögen des Gläubigers etwa entstandenen Unterschied nicht geltend machen darf [5]).

Eine Ausnahme von obiger Ausnahme bilden wieder die Fixgeschäfte. Denn hier muß gerade derjenige, „welcher auf der Erfüllung bestehen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem andern Contrahenten anzeigen“ [6]).

Wegen der ordentlichen Wirkungen genügt es, wie bereits angegeben, daß sie in der Klage geltend gemacht werden. Und da eine Aenderung der Klage überhaupt noch bis zur Litiscontestation gestattet [7]), ist sie es auch in dieser Beziehung.

---

[2]) Art. 356.

[3]) Siehe oben § 87, S. 343 und 371, sowie § 91, S. 469.

[4]) Siehe oben § 70, S. 99; § 87, S. 344; § 91, S. 469; Seuffert's Archiv Bd. 23, Nr 249.

[5]) Siehe oben § 90 unter Nr. 11, S. 435 fgg.

[6]) H. G. B., Art. 357, Abs. 1.

[7]) Wetzell, Civilproceß, § 70, Text bei Anm. 58 und 59, zweite Auflage, S. 898.

Ob man aber einem Gläubiger im allgemeinen gestatten kann, die ordentlichen Wirkungen der Mahnung noch in der Replik geltend zu machen: scheint mir bedenklich zu sein. Ich neige mehr dahin, hierin eine unstatthafte Klage-Aenderung zu erblicken. Das R. O. H. G. unterscheidet bei einem Zinsen-Anspruche zwischen Verzugs- und Proceßzinsen; und erblickt darin kein verspätetes Vorbringen, wenn letztere erst in der Replik gefordert werden [8]). Allein für eine solche Unterscheidung zwischen Verzugs- und Proceßzinsen dürfte es ebenfalls an einem innern Grunde fehlen. Denn Proceßzinsen und Mahnungszinsen sind meines Erachtens gar nicht in der Weise specifisch von einander verschieden [9]), daß in dieser Beziehung für Proceßzinsen etwas anderes gelten könnte, als für Mahnungszinsen.

Die Mecklenburgische Praxis läßt in der Replik im allgemeinen nur unwesentliche Aenderungen der Klage zu [10]). Nun ist es aber durchaus nichts Unwesentliches: ob ein Gläubiger auf eine vorgenommene Mahnung Ansprüche stützen will, oder ob er hiervon absieht. Von diesem Standpunkte aus würde man also jedenfalls dahin gelangen: ein Geltendmachen der Mahnungswirkungen in der Replik im allgemeinen nicht zu gestatten. Andererseits hat diese Regel aber auch ihre Ausnahmen [11]). Wie denn überhaupt die Klageänderung zu den allerschwierigsten Lehren des Proceßrechtes gehört.

Ueber das Verhältnis des Schadensersatzanspruches wegen verspäteter Erfüllung zu andern ordentlichen Wirkungen wäre noch zu bemerken: daß der Gläubiger nicht etwa zwischen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder sonstigen ordentlichen Wirkungen die Wahl, und sich in dieser Beziehung bei Anstellung der Klage zu entscheiden hat — vielmehr steht es dem Gläubiger frei: so weit die sonstigen ordentlichen Wirkungen ihm keinen vollen Schadensersatz bringen, was dran fehlt, daneben zu liquidiren.

Daß sich dies bei den Mahnungszinsen so verhält, sahen wir bereits im vorigen Paragraphen. Eine Klagebitte von folgender Fassung wäre also durchaus zulässig: den Beklagten in das Kapital nebst fünfprocentigen Mahnungszinsen, sowie den darüber hinausgehenden Schaden, Liquidation vorbehältlich, zu verurtheilen.

---

[8]) Entsch. Bd. I, S. 135, 136.

[9]) Vgl. unten § 101.

[10]) Vgl. Trotsche, Der Mecklenburgische Civilproceß, Bd. 2, § 113.

[11]) Vgl. oben § 96, bei Anm. 21.

Dasselbe Verhältnis waltet zwischen der Bereicherungsfrucht und dem Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung ob, wie dies in folgender Stelle, wenn man dieselbe überall auf einen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung beziehen will [12]), ausdrücklich ausgesprochen ist.

fr. 26 Leg. III. — Paulus.

Is qui fideicommissum debet post moram non tantum fructus, sed etiam omne damnum, quo adfectus est fideicommissarius, praestare cogitur.

Denn daß wir bei fructus schlechthin an die Bereicherungsfrucht zu denken haben: davon war bereits früher die Rede [13]).

Dem steht auch folgende Stelle [14]) nicht entgegen:

fr. 35 pr. Leg. III. — Scaevola.

idem quaesiit, an et commoda et principales liberalitates, quas libertus ex eadem tribu usque in diem mortis suae consecuturus fuisset, si ei ea tribus secundum voluntatem patroni sui tunc comparata esset, an vero usurae aestimationis heredi ejus debeantur. respondi, quidquid ipse consecuturus esset, id ad heredem suum transmittere.

Denn augenscheinlich hat man sich hier den Interesseanspruch als größer zu denken, wie den Anspruch auf Werthzinsen; so daß also der Interesseanspruch die Werthzinsen mitumfaßt.

Was den Beweispunkt anbetrifft [15]), so hat zunächst jeder Gläubiger die Mahnung selber zu beweisen [16]), falls dieselbe in Abrede genommen wird. Dieser Beweis ist erbracht, wenn der Gläubiger darthut: daß die Mahnung von ihm vorgenommen und zur Kenntnis des Schuldners gelangt sei. Zum Beweise einer schriftlichen Mahnung gehört also: daß der Gläubiger den Mahnbrief dem Schuldner zugestellt, und dieser ihn gelesen habe. Hier greifen indes die Mahnungs-

---

[12]) Vgl. oben, § 88, S. 396.

[13]) Vgl. § 82, S. 258, 259.

[14]) Vgl. zu derselben oben § 88, S. 397 fgg.

[15]) Vgl. hierüber Maxen, Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen, S. 190—194, der indes in Bezug auf das zu beweisende Thema in Gemäßheit der herrschenden Ansicht von wesentlich unrichtigen Voraussetzungen ausgeht.

[16]) fr. 32 § 1 Us. 22, 1; c. 13 C. A. E. V. 4, 49.

surrogate [17]) mildernd ein, z. B. die vereitelte Mahnung [18]). Andererseits wird freilich ein vorsichtiger Gläubiger gerade bei Mahnungssurrogaten, z. B. der versuchten Mahnung, leicht Veranlassung finden, sich den Beweis der Mahnung z. B. durch einen Abwesendheitsprotest zu sichern [19]). Mitunter kann sich der Beweis lediglich darum drehen: daß es gerade die Person des Gläubigers war, von dem die Mahnung ausging. Man denke z. B. an den Gläubiger, der es versuchte, durch Postvorschuß zu seinem Gelde zu gelangen [20]). Wo eine zurückgenommene Mahnung deshalb für wirksam erachtet werden muß, weil der gemahnte Schuldner durch bösliches Vorschützen einer Einrede den Gläubiger zur Zurücknahme veranlaßte, hat der Gläubiger den Beweis zu führen, daß der Schuldner in bösem Glauben handelte [21]).

Und wie die Mahnung im allgemeinen, so hat der Gläubiger auch, sofern es zur Sprache kommt und streitig wird, die Paßlichkeit der Form [22]), des Ortes [23]), der Zeit [24]), der beauftragten Person [25]), die Rechtzeitigkeit [26]) u. s. w. darzuthun.

Weil diesem nach der Gläubiger den Beweis der geschehenen Mahnung nöthigenfalls zu erbringen hat, wird er häufig gut daran thun, sich diesen Beweis im voraus durch eine Urkunde zu sichern. Er veranlaßt z. B. den Schuldner, ihm die geschehene Mahnung zu bescheinigen, oder läßt ein Notariatsdocument, einen Protest, darüber aufnehmen. Die Kosten eines solchen Notariatsinstrumentes kann der Gläubiger nicht vom Schuldner erstattet verlangen, nur die Fixgeschäfte bilden in dieser Hinsicht eine Ausnahme [27]).

Die Nichtbeachtung einer Mahnung hat dagegen der Gläubiger nicht zu beweisen [28]). Denn wie anderswo der Schuldner darzuthun hat, daß er seinen Verbindlichkeiten nachgekommen sei, z. B. erfüllt

[17]) Vgl. darüber Bd. I, § 61.

[18]) Vgl. Bd. I, S. 593, 594.

[19]) Vgl. Bd. I, S. 593.

[20]) Vgl. Bd. I, S. 512.

[21]) Vgl. Bd. I, S. 356.

[22]) Siehe Bd. I, S. 513.

[23]) Siehe Bd. I, S. 523—526.

[24]) Siehe Bd. I, S. 518—520.

[25]) Siehe Bd. I, S. 513.

[26]) Siehe Bd. I, S. 514—517.

[27]) H. G. B. Art. 358.

[28]) Wetzell, Civilproceß, § 16, Anm. 8, 3 Aufl., S. 151. Gerber, Beiträge, S. 67.

habe [29]), so auch hier. Ein Schuldner, welcher sich also auf Oblation beruft, hat diesen Beweis zu erbringen. Und ebenso verhält es sich mit der Behauptung: die Mahnung durch Vorschützen einer Mahnungseinrede unwirksam gemacht zu haben [30]).

Und weil der Gläubiger nur die Mahnung, nicht aber die Nichtbeachtung derselben zu beweisen hat, ist es schon vom processualischen Standpunkte aus viel angemessener: von Mahnungswirkungen statt von Wirkungen des Verzugs zu sprechen.

Anlangend den Fristanspruch des gemahnten Schuldners, so kommt es vor allen Dingen darauf an: worin die Differenz unter den Parteien ihren Grund hat. Beruht dieselbe darauf, daß die Parteien sich über das betreffende Obligationsverhältnis nicht einig sind, so hängt das Schicksal des Fristanspruches von den in dieser Beziehung zu führenden Beweisen ab. Z. B. der Gläubiger behauptet wirkliches Depositum, das sofort hätte zurückgegeben werden müssen; der Schuldner Darlehn, zu dessen Rückzahlung ihm angemessene Frist zu gewähren sei.

Sind die Parteien sich über das betreffende Obligationsverhältnis einig, so wird der Fristanspruch regelmäßig durch richterliches Ermessen seine Erledigung finden. Unter Umständen können indes auch Beweisauflagen für den Schuldner nöthig werden. Z. B. wenn derselbe sich darauf beruft: daß die Frist durch Zufälligkeiten und Unglücksfälle erweitert sei [31]).

Wie der Gläubiger die Mahnung selber zu beweisen, so hat er auch in Bezug auf die Mahnungswirkungen die erforderlichen Beweise zu erbringen: z. B. daß der Schuldner um so viel Früchte bereichert, daß die Preisdifferenz bei marktgängigen Waaren so groß gewesen, daß sein Schade sich so hoch belaufen, z. B. daß er die geschuldete Sache um so und so viel verkauft haben würde, wenn der Schuldner die Mahnung beachtet hätte [32]). Beim Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung kann der Beweis nöthig werden: daß die Leistung dem beabsichtigten Zwecke nicht mehr entspreche u. s. w. [33]).

In Art. 359 des H. G. B. handelt es sich um eine Wohlthat für den Schuldner; deshalb wird dieser auch nöthigenfalls zu beweisen haben: daß die Voraussetzungen dieses Artikels vorhanden sind [34]).

[29]) c. 1 C. de prob. 4, 19.
[30]) Siehe Bd. I, S. 555, 556.
[31]) Siehe Bd. I, S. 491, 492.
[32]) Vgl. oben § 65, S. 45 fgg. und § 96, S. 574.
[33]) Vgl. z. B. § 91 S. 469.
[34]) Vgl. oben § 72 a. E, S. 118

§ 100.
Gebiet der Mahnung nach Römischem Recht.

Im dritten Abschnitte, wo ich von dem Gebiete der Mahnung handelte, setzte ich die Frage: welchen Umfang die Mahnung im Römischen Rechte hatte — vorläufig aus [1]). Hier wäre der Ort, diesen Punkt zu erledigen. Wir brauchen zu diesem Zwecke nur die einzelnen Römischrechtlichen Wirkungen der Mahnung, die wir bei den einzelnen Obligationen kennen lernten, zusammenzustellen, und wir haben damit das Gebiet der Römischen Mahnung.

I. Obligationsverlängerung [2]).

Diese Wirkung der Mahnung trafen wir an:

1) bei der Stipulation auf res certa,

2) beim Legat auf res certa,

3) allgemein bei condictio auf res certa,

4) bei der Verpflichtung des Verkäufers, wenn man diesen Fall mit hierher ziehen will, vgl. oben S. 49,

5) bei der Verpflichtung des Ehemannes zur Herausgabe der Mitgift,

6) beim Singular-Fideicommiß, und mit einer besondern Modification

7) bei dem alternativen Legat.

II. Wahlrecht zwischen zwei verschiedenen Zeitpreisen [3]).

Gebiet: Verpflichtung des Verkäufers bei marktgängigen Waaren.

III. Wahlrecht zwischen zwei verschiedenen Ortspreisen [4]).

Gebiet: Verpflichtung des Verkäufers bei marktgängigen Waaren.

IV. Uebergang des Wahlrechts zwischen Zahlungsorten vom Schuldner auf den Gläubiger [5]).

Gebiet: Alternative Stipulation.

V. Active Vererblichkeit bei an sich activunvererblichen Obligationen [6]).

Gebiet: Anspruch der Frau auf Rückgabe der Mitgift.

---

[1]) Siehe Bd. I, S. 152.
[2]) Siehe oben § 63.
[3]) Siehe oben § 68.
[4]) Siehe oben § 73.
[5]) Siehe oben § 74.
[6]) Siehe oben § 75

VI. Zinsen[7]).

In dieser Beziehung kommen folgende Obligationen in Betracht.

1) Allgemein die gutgläubigen Obligationen.

Insonderheit:

a. die Verpflichtung des Käufers,
b. die Verpflichtung des Verkäufers,
c. die Verpflichtung des Miethers,
d. die Verpflichtung des Pfandgläubigers (actio fiduciae),
e. die Verpflichtung des Depositars,
f. die Verpflichtung des Gesellschafters,
g. die Verpflichtung des Beauftragten,
h. die Verpflichtung des Auftraggebers,
i. das judicium familiae herciscundae,
k. die Verpflichtung des Vormundes, und
l. die actio tutelae utilis.

2) Allgemein die Vermächtnisse nach Justinian'schem Recht.

Insonderheit zur Zeit der Pandekten-Juristen:

a. das Fideicommiß im allgemeinen,
b. das Singularfideicommiß,
c. das Universalfideicommiß, und
d. das legatum sinendi modo.

3) Die incerte Stipulation, sofern sich dieselbe an eine Obligation anlehnt, die diesen Zinsenanspruch zuläßt.

Insonderheit:

a. die Stipulation rem pupilli salvam fore,
b. die Stipulation, betreffend die Verpflichtung eines Vormundes,
c. die Stipulation legatorum seu fideicommissorum servandorum causa,
d. die Stipulation eines fidejussor in omnem causam conductionis oder dgl., und
e. die Stipulation eines fidejussor in omnem causam emti.

4) Die Pollicitatio.

VII. Früchte und sonstige Bereicherung[8]).

Abgesehen von der Pollicitatio trafen wir diese Mahnungswirkung genau auf demselben Gebiete an, wie die Mahnungszinse:

---

[7]) Siehe oben § 77.

[8]) Siehe oben § 82 und § 83.

VIII. Wirkungen der Mahnung beim Freiheitsfideicommiß [9]).

1) Verlust der Patronatsrechte.

2) Ingenuität für nachgeborne Kinder.

3) Verpflichtung bei der einer fremden Sclavin fideicommissarisch zugewandten Freiheit, den nach der Mahnung gebornen Kindern durch Freilassung die Freiheit zu verschaffen.

4) Väterliche Gewalt für nachgeborne Kinder.

5) Anwendbarkeit des S. C. Orphitianum und Tertullianum.

IX. Verdoppelung des Anspruches [10]).

Gebiet: Vermächtnis zu frommen Zwecken.

X. Umwandlung einer Nichtgeldleistung in eine Geldleistung [11])

Diese Wirkung der Mahnung trafen wir an:

1) bei der Verpflichtung des Freigelassenen dem Patron gegenüber zu Diensten, die entweder durch Eid oder Stipulation entstand;

2) bei der Verpflichtung eines Freien, einen Sclaven, sei es nun in Folge einer Stipulation oder eines Damnationslegates, zu Diensten herzugeben;

3) beim Nießbrauchsvermächtnis vor Julian und bei der Nießbrauchsstipulation vor Ulpian;

4) bei der Stipulation und allgemein bei der Obligation auf res certa vor Celsus.

XI. Interesse [12]).

Gebiet:

1) die Verpflichtung des Verkäufers,

2) die Verpflichtung des Verpächters,

3) die incerte Stipulation, insonderheit:

a. stipulatio boni viri arbitratu collationem fieri,

b. stipulatio insulam fulciri,

c. stipulatio insulam fieri, und

d. stipulatio fundum praestari;

4) das constitutum,

---

[9]) Siehe oben § 84.

[10]) Siehe oben § 85.

[11]) Siehe oben § 86.

[12]) Siehe oben § 88.

5) die actio de eo quod certo loco — sofern deren Gegenstand eine Geldleistung war, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß es sich um pecunia trajecticia handelt —

6) das Nießbrauchslegat,

7) das Singularfideicommiß und Fideicommiß im allgemeinen; seit Justinian das Vermächtnis im allgemeinen.

Das wären meines Erachtens sämmtliche Wirkungen der Mahnung im Römischen Recht, durch deren Aufzählung deren Gebiet erschöpft wäre.

Bei Interdicten werden nirgends Mahnungswirkungen erwähnt. Es fehlt sogar nicht an Stellen, durch welche dieselben geradezu ausgeschlossen sein dürften. Hierher zähle ich

fr. 3 de interdictis 43, 1. — Ulp.

In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro.

fr. 1 § 40 de vi 43, 16. — Ulp.

Ex die, quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur, quamvis in ceteris interdictis ex quo edita sunt, non retro, computantur.

fr. 8 § 6 de precario 43, 26.

Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire. plane post interdictum editum oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire: nam ubi moram quis fecit precario, omnem causam debebit constituere (restituere).

Daß in der letzten Stelle mora nicht technisch zu nehmen sei, sondern soviel wie contumacia bedeute: davon war schon früher die Rede [13]). Auch hat, wie ich jetzt sehe, bereits Göppert [14]) diese Stelle ganz richtig verstanden.

Diesemnach sind es vorzugsweise folgende drei Obligationengattungen, bei denen unsere Mahnung Wirkungen äußert: die Stipulation, das Vermächtnis und die gutgläubige Obligation. Außerdem kommen noch in Betracht: allgemein condictio auf res certa, Eid des Freigelassenen betr. Dienste, Pollicitatio, Constitutum und actio de eo quod certo loco.

Auf umstehender Tabelle sind die Wirkungen der Römischen Mahnung übersichtlich zusammengestellt.

---

[13]) Siehe Bd. I, S. 18.

[14]) Ueber die organischen Erzeugnisse, S. 119, Anm. 38.

Gebiet der Mahnung

Obligationen.	Wirkungen. I.	II.	III.	IV.	V.	VI.	VII.
1. Stipulation auf res certa.	Obligationsverlängerung.	—	—	—	—	—	—
2. Incerte Stipulation.	—	—	—	—	—	Zinsen bei bestimmt gearteten Stipulationen.	Früchte u. sonstige Bereicherung bei bestimmt gearteten Stip.
3. Alternative Stipulation.	—	—	—	Uebergang des Wahlrechts zwischen Zahlungsorten.	—	—	—
4. Stipulation eines Freigelassenen betr. Dienste.	—	—	—	—	—	—	—
5. Stipulation betr. Sclavendienste.	—	—	—	—	—	—	—
6. Nießbrauchsstipulation.	—	—	—	—	—	—	—
7. Vermächtnis i. allgemeinen.	—	—	—	—	—	Zinsen nach Just. Recht.	Früchte u. sonstige Bereicherung nach Just. Rt.
8. Fideicommiß im allgemeinen.	—	—	—	—	—	Zinsen schon vor Justinian.	Früchte u. sonstg. Bereicherung schon vor Justinian.
9. Singularfideicommiß.	Obligationsverlängerung.	—	—	—	—	Zinsen schon vor Justinian.	Früchte u. sonstg. Bereicherung schon vor Justinian.

nach Römischem Recht.

Wirkungen.							
VIII.	VIII.	VIII.	VIII.	VIII.	IX.	X.	XI.
—	—	—	—	—	—	Verwandlung in eine Geldleistung vor Celsus.	—
—	—	—	—	—	—	—	Interesse.
—	—	—	—	—	—	—	—
—	—	—	—	—	—	Verwandlung in eine Geldleistung.	—
—	—	—	—	—	—	Verwandlung in eine Geldleistung.	—
—	—	—	—	—	—	Verwandlung in eine Geldleistung vor Ulpian.	Interesse seit Ulpian.
—	—	—	—	—	—	—	Interesse nach Just. Recht.
—	—	—	—	—	—	—	Interesse schon vor Justinian.
—	—	—	—	—	—	—	Interesse schon vor Justinian.

Obligationen.	Wirkungen. I.	II.	III.	IV.	V.	VI.	VII.
10. Universalfideicommiß.	—	—	—	—	—	Zinsen schon vor Justinian.	Früchte u. sonstg. Bereicherung schon vor Justinian.
11. Damnationslegat auf res certa.	Obligationsverlängerung.	—	—	—	—	—	—
12. Damnationslegat betr. Sclavendienste.	—	—	—	—	—	—	—
13. legatum sinendi modo.	—	—	—	—	—	Zinsen schon vor Justinian.	Früchte u. sonstg. Bereicherung schon vor Justinian.
14. Alternatives Legat.	Obligationsverlängerung mit einer besondern Modification.	—	—	—	—	—	—
15. Nießbrauchsvermächtnis.	—	—	—	—	—	—	—
16. Vermächtnis zu frommen Zwecken.	—	—	—	—	—	—	—
17. Freiheitsfideicommiß.	—	—	—	—	—	—	—
18. Gutgläubige Obligatio im allgemeinen.	—	—	—	—	—	Zinsen.	Früchte u. sonstige Bereicherung.
19. Verpflichtung des Verkäufers.	Obligationsverlängerung?	Wahlrecht zwischen Zeitpreisen.	Wahlrecht zwischen Ortspreisen.	—	—	—	—

Wirkungen.							
VIII.	VIII.	VIII.	VIII.	VIII.	IX.	X.	XI.
—	—	—	—	—	—	—	—
—	—	—	—	—	—	—	—
—	—	—	—	—	—	Verwandlung in eine Geldleistung.	—
—	—	—	—	—	—	—	—
—	—	—	—	—	—	—	—
—	—	—	—	—	—	Verwandlung in eine Geldleistung vor Julian.	Interesse nach Julian.
—	—	—	—	—	Verdoppelung des Anspruchs.	—	—
Verlust der Patronatsrechte.	Ingenuität der Kinder.	Verpflichtung zur Freilassung von Kindern.	Väterliche Gewalt.	S. C. Orphitianum und Tertullianum.	—	—	—
—	—	—	—	—	—	—	—
—	—	—	—	—	—	—	Interesse.

Obligationen.	Wirkungen. I.	II.	III.	IV.	V.	VI.	VII.
20. Verpflichtung betr. Herausgabe einer Mitgift.	Obligationsverlängerung.	—	—	—	Active Vererblichkeit vor Justinian.	—	—
21. Verpflichtung des Verpächters.	—	—	—	—	—	—	—
22. Eid des Freigelassenen betr. Dienste.	—	—	—	—	—	—	—
23. Condictio auf res certa i. allgemeinen.	Obligationsverlängerung.	—	—	—	—	—	—
24. Pollicitatio.	—	—	—	—	—	Zinsen.	—
25. Constitutum.	—	—	—	—	—	—	—
26. actio de eo quod certo loco.	—	—	—	—	—	—	—

§ 101.

Die Mahnungswirkungen in ihrem Verhältnis zu den Wirkungen der Litiscontestation.

Bereits früher hatte ich Gelegenheit, mich über das Verhältnis der Mahnung zur Litiscontestation auszusprechen: Mahnung und Litiscontestation seien von den Römern als zwei Rechtsinstitute selbständig neben einander entwickelt; die Litiscontestation sei von ihnen nicht etwa halbirt, und die eine Hälfte dann der Mahnung untergeordnet worden [1]); insonderheit sei es unrichtig, Verschuldung für eine Voraussetzung der Mahnung zu halten; das Römische Recht fasse vielmehr die Mahnung wie eine Art Vorposten der Litiscontestation auf; ihre Anschauung sei mehr die: wo die Mahnung schon die betreffenden Wirkungen äußere, brauche man sich in dieser Beziehung nicht mehr um die Litiscontestation zu kümmern [2]).

[1]) Siehe Bd. I, S. 64.

[2]) Bd. I, S. 403.

Wirkungen.							
VIII.	VIII.	VIII.	VIII.	VIII.	IX.	X.	XI.
—	—	—	—	—	—	—	—
—	—	—	—	—	—	—	Interesse.
—	—	—	—	—	—	Verwandlung in eine Geldleistung.	—
—	—	—	—	—	—	Verwandl. in eine Geldleistg. vor Celsus.	—
—	—	—	—	—	—	—	—
—	—	—	—	—	—	—	Interesse.
—	—	—	—	—	—	—	Interesse.

Die Wirkungen der Litiscontestation sind grundsätzlich von dieser Darstellung fern gehalten worden. Dagegen machte ich den einen Vorbehalt: auf diese Wirkungen insoweit einzugehen, als erforderlich sei, um über die Wirkungen der Mahnung völlige Klarheit zu erlangen[3]).

In dieser Beziehung wird es jetzt auch ersprießlich sein: die Mahnungswirkungen mit den Wirkungen der Litiscontestation zu vergleichen; und sofern wir bei beiden dieselben Wirkungen finden, auch für die Litiscontestationswirkungen deren Gebiet aufzusuchen, wie wir dies so eben hinsichtlich der Mahnungswirkungen gethan haben. Dabei genügt es indes, daß ich mich hinsichtlich der Litiscontestationswirkungen auf das Obligationenrecht beschränke, weil wir ja unsere Mahnung nur auf diesem Gebiete antreffen.

I. Obligationsverlängerung.

Diese Wirkung wird für die Litiscontestation bezeugt:

1) allgemein für die condictio auf certa res von Ulpian[4]),

[3]) Bd. I, S. 65.

[4]) fr. 5 de conf. 42, 2.

2) für die Stipulation auf certa res von Pomponius [5]) und Paulus [6]),

3) für das Damnationslegat auf certa res von Pomponius [7]),

4) für das Depositum von Pomponius [8]), jedoch mit einer Modification, und im Widerspruch mit Sabinus, Cassius und Gajus [9]).

II. Wahlrecht zwischen zwei verschiedenen Zeitpreisen.

Eine gleiche Wirkung hat die Litiscontestation bei Obligationen auf marktgängige Waaren nicht; jedoch wird bei strengrechtlichen Obligationen dieser Art die Schätzung nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation vorgenommen, falls keine Lieferungszeit verabredet war [10]).

III. Wahlrecht zwischen zwei verschiedenen Ortspreisen.

In Bezug auf den Ort der Schätzung ist zwar der Ort, wo der Proceß vor sich geht, keineswegs ohne Bedeutung [11]). Da aber die Litiscontestation nur ein ideeller Punkt im Processe ist, so markirt sie sich in dieser Beziehung nicht weiter.

IV. Uebergang des Wahlrechts zwischen Zahlungsorten vom Schuldner auf den Gläubiger.

Auch ein Uebergang des Wahlrechts zwischen Zahlungsorten, wie wir ihn in fr. 2 § 3 de eo quod certo loco 13, 4 antreffen, kann nicht gut als Folge der Litiscontestation gedacht werden: da dieses Wahlrecht schon im Litiscontestationstermine selber, und zwar vor dem eigentlichen Zeitpunkte der Litiscontestation auf den Gläubiger übergehen soll [12]).

V. Active Vererblichkeit bei an sich activunvererblichen Obligationen.

Diese Wirkung wird der Litiscontestation bei der Injurienklage [13]), bei den Pönalklagen [14]) und allgemein [15]) beigelegt.

---

[5]) fr. 12 § 3 Dep. 16, 3

[6]) fr. 8 de re jud. 42, 1.

[7]) fr. 12 § 3 Dep. 16, 3.

[8]) fr. 12 § 3 Dep 16, 3.

[9]) fr. 14 § 1 Dep. 16, 3. Vgl. Bd. I, S. 34.

[10]) Vgl. oben § 68, S. 70 fgg.

[11]) Vgl. oben § 73, S. 118 fgg.

[12]) Siehe oben § 74, S. 141 fgg.

[13]) fr. 13 pr. de inj. 47, 10. Ulp.

[14]) § 1 J. de perp. et temp. act. 4, 12; fr. 8 § 1 de fidej. tut. 27, 7, Paulus.

[15]) fr. 29 Nov. 46, 2, Paulus; fr. 87 R. J. 50, 17, Paulus; fr. 139 pr. eodem, Gajus.

VI. Zinsen.

Diesen Anspruch, als Folge der Litiscontestation, finden wir erwähnt in c. 1 C. de us. et fr. 6, 47 bei Legaten und Fideicommissen, in c. 2 eodem bei Legaten. In der ersteren Stelle wird seu fideicommissorum interpolirt sein [16]; und die Verfasser beider Stellen werden ursprünglich nur das Damnationslegat im Sinne gehabt haben [17]. Ferner gehört hierher fr. 39 § 1 Leg. I von Ulpian, das ebenfalls auf ein Damnationslegat zu beziehen ist [18].

VII. Früchte und sonstige Bereicherung.

Diesen Anspruch, als Folge der Litiscontestation, finden wir erwähnt beim Damnationslegat von Julian [19] und Kaiser Antoninus [20], bei der Stipulation auf res certa von Sabinus und Cassius [21], sowie Paulus [22], und allgemein bei actio in personam von Papinian [23].

VIII. Freiheitsfideicommiß.

Hier stoßen wir auf keine entsprechenden Wirkungen der Litiscontestation.

IX. Verdoppelung des Anspruches.

Diese Wirkung hatte die Litiscontestation, als solche nicht, sondern bei einzelnen Obligationen nur, wenn eine andere Voraussetzung hinzutrat, z. B. der Beklagte leugnete [24].

X. Umwandlung einer Nichtgeldleistung in eine Geldleistung.

Diese Wirkung hatte die Litiscontestation von Haus aus in Folge der alten Rechtsregel: debitorem — — post litem contestatam condemnari oportere [25]. Eine spätere Modification enthält z. B. fr. 33 § 1 Sol. 46, 3; fr. 37 Mand. 17, 1; und noch ungestörter konnte sich die

---

16) Siehe Bd. I, S. 367.

17) Siehe oben § 77, S. 187 fgg.

18) Siehe Bd. I, S. 80 und 403.

19) fr 91 § 7 Leg. I.

20) c. 2 C. de us. et fruct. 6, 47.

21) fr. 38 § 7 Us. 22, 1.

22) fr 38 § 7 Us. 22, 1; fr. 8 de re jud. 42, 1.

23) fr. 2 de us. 22, 1.

24) Vgl. Rudorff in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, Bd 14, S. 287—478; Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 263.

25) Gaj. III, § 180.

Befugnis des Schuldners, die ursprüngliche Leistung nachträglich zu offeriren, auf dem Gebiete der gutgläubigen Obligation ausbilden [26].

XI. Interesse.

Diesen Anspruch, als Folge der Litiscontestation, finden wir erwähnt von Paulus allgemein bei der condictio auf res certa [27]), und von Ulpian beim Damnationslegat [28]).

Demnach erhalten wir, wenn wir die sich einander entsprechenden Wirkungen der Mahnung und Litiscontestation neben einander stellen, folgende Tabelle.

Vergleichung
der Mahnungs- und Litiscontestations-Wirkungen.

Wirkungen.	Gebiet. Mahnung.	Litiscontestation.
I. Obligationsverlängerung.	Stipulatio auf res certa.	Stipulatio auf res certa.
	Singularfideicommiß.	—
	Damnationslegat auf res certa.	Damnationslegat auf res certa.
	Alternatives Legat.	—
	Verpflichtung des Verkäufers?	—
	Verpflichtung betr. Herausgabe einer Mitgift.	—
	Condictio auf res certa im allg.	Condictio auf res certa im allg.
	—	Depositum (Pomponius).
V. Active Vererblichkeit bei an sich activ unvererblichen Obligationen.	Verpflichtung betr. Herausgabe einer Mitgift.	—
	—	Injurienklage.
	—	Pönalklagen.
	—	Allgemein.

---

26) Siehe hierüber oben § 87, S. 356.

27) fr. 31 pr. R. C. 12, 1.

28) fr. 39 § 1 Leg. I.

Wirkungen.	Gebiet.	
	Mahnung.	Litiscontestation.
VI. Zinsen.	Incerte Stipulatio.	—
	Vermächtnis im allgem. nach Just. Recht.	Vermächtnis im allgem. nach Just. Recht.
	Fideicommiß im allg. vor Justinian.	—
	legatum sinendi modo vor Justinian.	—
	Gutgläubige Obligation.	—
	Pollicitatio.	—
	—	Damnationslegat.
VII. Früchte und sonstige Bereicherung.	Incerte Stipulatio.	—
	Vermächtnis im allg. nach Just. Recht.	—
	Fideicommiß im allg. vor Justinian.	—
	legatum sinendo modo vor Justinian.	—
	Gutgläubige Obligation.	—
	—	Damnationslegat.
	—	Stipulation auf res certa.
	—	Allgemein bei actio in personam.
X. Umwandlung einer Nichtgeldleistung in eine Geldleistung.	Stipul. u. allg. condictio auf res certa vor Celsus.	—
	Stipulation eines Freigelassenen betr. Dienste.	—
	Stipulation betr. Sclavendienste.	—
	Nießbrauchsstipulation vor Ulpian.	—
	Damnationslegat betr. Sclavendienste.	—
	Nießbrauchsvermächtnis vor Julian.	—
	Eid des Freigelassenen betr. Dienste.	—
	—	Allgemein in alter Zeit.

Wirkungen.	Gebiet. Mahnung.	Gebiet. Litiscontestation.
XI. Interesse.	Incerte Stipulatio, insonderheit Nießbrauchsstipulation seit Ulpian.	—
	Verpflichtung des Verkäufers.	—
	Verpflichtung des Verpächters.	—
	Constitutum.	—
	actio de eo quod certo loco.	—
	Fideicommiß im allgemeinen und seit Just. Vermächtnis im allgem.	—
	Singularfideicommiß.	—
	Nießbrauchsvermächtnis.	—
	—	Condictio auf res certa.
	—	Damnationslegat.

Diese Tabelle kann uns am besten den Satz veranschaulichen: daß sich die Römer die Mahnung gleichsam als eine Art Vorposten der Litiscontestation gedacht haben; wo die Mahnung bereits Wirkungen äußert, legen sie in dieser Beziehung auf die Litiscontestation kein Gewicht mehr.

Dies sehen wir z. B. ganz deutlich beim Interesseanspruch. Daß die Litiscontestation bei der incerten Stipulation, den Verpflichtungen des Verkäufers und Verpächters, dem Constitutum, der actio de eo quod certo loco und dem Fideicommiß wie Nießbrauchsvermächtnis einen Interesseanspruch erzeuge: wird gar nicht gesagt. Denn hier haben wir ja diese Wirkung bei der Mahnung, die nothwendig, wenn auch nur in Gestalt der Klagmittheilung, der Litiscontestation voraufgeht. Die Römer beschränken sich darauf: den Interesseanspruch als Wirkung der Litiscontestation da zu erwähnen, wo sie der Mahnung diese Wirkung nicht beigelegt haben.

Aehnlich steht es mit dem Zinsenanspruch. Denn der in c. 1 C. de us. et fr. 6, 47 enthaltene Satz: daß Zinsen sowohl bei Legaten als Fideicommissen von der Litiscontestation an gefordert werden könnten — ist erst durch eine Interpolation entstanden.

Andere Wirkungen, V, VII, X, finden wir zwar allgemein der Litiscontestation beigelegt, soweit aber die Römer in dieser Beziehung speciell reden, und bei den Wirkungen der Litiscontestation einzelne

Obligationen in's Auge fassen, vermeiden sie es, das Gebiet der Mahnung zu berühren.

Nur allein die Obligationsverlängerung macht eine Ausnahme. Um dies zu erklären, genügt es schon, darauf hinzuweisen: daß im Falle einer zwischen Mahnung und Litiscontestation eingetretenen Werthbesserung es für den Gläubiger vortheilhafter war, die Obligationsverlängerung statt von der Mahnung, erst von der Litiscontestation an zu datiren [29]). Oder es konnte ja auch sein, daß zwischen Mahnung und Litiscontestation mit der Sache gar keine Veränderung vorgegangen war. Sofern indes der geschuldete Gegenstand nach der Mahnung schlechter geworden, oder gar untergegangen war, lassen die Römer die Litiscontestation ebenfalls wieder unberücksichtigt, wie sehr deutlich aus fr. 39 § 1 Leg. I hervorgeht. Denn während Ulpian hier weitläufig erörtert: daß beim Damnationslegat von der Litiscontestation an Interesse und Zinsen geleistet werden müßten — springt er, als er auf Haftung für den Untergang der Sache zu sprechen kommt, mit einem Male auf die Mahnung ab, ohne diese Wirkung der Litiscontestation besonders hervorzuheben.

Auch soll ja gar nicht geleugnet werden: daß die Wirkungen der Mahnung, sofern ihre Natur dies zuläßt, nicht ebenfalls Wirkungen der Litiscontestation seien. Der Gläubiger hatte ja nur einfach nöthig, für die Zeit von der Mahnung bis zur Litiscontestation auf dieselben zu verzichten, was ihm ohne Zweifel frei gestanden haben wird. Mir kam es nur darauf an, zu veranschaulichen: wie gleichgültig die Römer gegen die Wirkungen der Litiscontestation da gewesen seien, wo schon die Mahnung Wirkungen äußerte — eine Gleichgültigkeit, die für den völlig unerklärlich sein muß, der für die Mahnung an der Verschuldungsvoraussetzung festhält; weshalb denn auch dieser Umstand von mir bereits früher zur Bekämpfung der herrschenden Ansicht benutzt wurde [30]).

Wie sieht es nun im heutigen Rechte aus: wo einerseits die Wirkungen der Römischrechtlichen Litiscontestation, soweit sie für den Kläger vortheilhaft, also auch die, welche der Litiscontestation mit der Mahnung gemeinschaftlich, auf die Klagmittheilung übertragen sind [31]); während andererseits die Klagmittheilung sehr füglich die Stelle der Mahnung vertreten kann [32])?

---

[29]) Siehe oben § 63, S. 11, § 67, S. 59 fgg.

[30]) Siehe Bd. I, S. 402—405.

[31]) Siehe Bd. I, S. 65.

[32]) Siehe Bd. I, S. 558.

Bisher hielt man Verschuldung für eine Voraussetzung der Mahnung und halbirte gleichsam die Klagmittheilung. Verbindet sich, sagte man, mit der Klagmittheilung Verschuldung, so haben wir die Mahnung, und dann treten die Folgen der Mahnung ein; ist dagegen auf Seiten des Beklagten keine Verschuldung vorhanden, so liegt die reine Klagmittheilung vor, und es treten die Wirkungen der Römischrechtlichen Litiscontestation ein [33]).

Allein die Verschuldungsvoraussetzung ist für die Mahnung nicht zu halten, obwohl nicht in Abrede genommen werden soll: daß es Klagmittheilungen gibt, die nicht gleichzeitig als Mahnung wirken können.

So ist z. B. eine bloß schriftliche Mahnung, etwa durch einen Briefträger, da nicht hinreichend, wo es sich um Leistungen handelt, welche der Gläubiger beim Schuldner oder an einem dritten Orte entgegenzunehmen hat. In solchen Fällen genügt also auch eine Klagmittheilung nicht [34]).

Aber, wird man einwenden wollen: unsere heutige Klagmittheilung hat gleichzeitig die Wirkungen der Römischen Litiscontestation an sich gezogen; kann demnach der Gläubiger z. B. die Zinsen nicht als Mahnungszinsen begehren, nun so beanspruche er sie als Proceßzinsen.

Allein ich behaupte, sofern die Wirkungen der Mahnung und der Litiscontestation zusammenfallen: daß der Gläubiger, welcher zur Klage schreitet, nur dann Anspruch auf diese Wirkungen hat, wenn die Klagmittheilung zugleich die Erfordernisse der Mahnung in sich vereinigt.

Man setze folgenden Fall. Wenn der Gläubiger verpflichtet ist, das Geld beim Schuldner entgegenzunehmen, so genügt ein einfacher Mahnbrief nicht, um für ihn einen Zinsenanspruch zu begründen. Dies sollte nun anders sein, wenn der Gläubiger statt einfachen Mahnbriefes seinem Schuldner durch das Gericht eine Klage zustellen ließe? Das ist kaum glaublich: denn dieser Gläubiger kam ebenso wenig seinen Obliegenheiten nach, wie der, welcher einen Mahnbrief schrieb. Weder im einen noch im andern Falle hat das Fortbestehen der schuldigen Leistung aufgehört, Rechtens zu sein. Weder im einen noch im andern Falle hat der Schuldner seinem Gläubiger Civilunrecht zugefügt. Deshalb kann dieser auch keine Zinsen begehren.

---

[33]) Siehe Bd. I, S. 63, 64.

[34]) Siehe Bd. I, S. 559.

So komme ich denn dazu, zu behaupten: so weit das Gebiet der Mahnung reicht, und so weit die Klagmittheilung als solche keine weiter gehende Wirkungen hat, dieselbe als solche für völlig wirkungslos zu erklären.

Demgemäß wären im allgemeinen Theil des heutigen Systems, wo von den Wirkungen der Klagmittheilung die Rede ist, diese Mahnungswirkungen gänzlich auszuscheiden, und für das Obligationenrecht aufzusparen, wo von der Mahnung gehandelt wird.

Proceßzinsen gibt es demnach nur noch, so weit die einfache Mahnung wirkungslos, wie bei Schenkungen u. dgl.[35]). Und da selbst hier die Klagmittheilung unmöglich als solche, sondern nur insofern einen Zinsenanspruch hervorrufen kann, als sie zugleich die Erfordernisse der Mahnung in sich vereinigt; drückt man den betreffenden Rechtssatz richtiger so aus: bei Schenkversprechen u. dgl. ist zwar die einfache Mahnung wirkungslos, nicht aber die Mahnung in Gestalt der Klagmittheilung.

Freilich gewährt das Seuffert'sche Archiv in einer ganzen Reihe von Entscheidungen einen Anspruch auf Proceßzinsen. Prüfen wir diese Entscheidungen einmal näher.

Einzelne Entscheidungen beziehen sich auf das Schenkversprechen[36]) und haben so eben bereits ihre Erledigung gefunden.

In einer Entscheidung des O. A. G. zu Kiel[37]) sollen, abgesehen von dem Fall, „wenn der Schuldner wider bessere Ueberzeugung gestritten hat", nur Proceßzinsen gefordert werden können. Diese Entscheidung geht von der unrichtigen Voraussetzung aus: daß Verschuldung ein Erfordernis der Mahnung sei.

In einer Entscheidung des O. A. G. zu Dresden[38]), so wie einer anderen des O. A. G. zu Celle[39]) werden bei der condictio indebiti nur Proceßzinsen zuerkannt. Allein hier erzeugt die einfache Mahnung ebenfalls einen Zinsenanspruch[40]).

Bei einer Evictionsleistung gestattet das O. A. G. zu Lübeck die Berechnung von Zinsen erst seit der Klagmittheilung[41]). Es ist nicht

[35]) Siehe oben § 89, S. 420 fgg.
[36]) Seuffert's Archiv, Bd. 5, Nr. 19 und 284; Bd. 17, Nr. 220.
[37]) Ebendas. Bd. 7, Nr. 291.
[38]) Ebendas. Bd. 15, Nr. 132.
[39]) Ebendas. Bd. 13, Nr. 97.
[40]) Siehe oben § 81, S. 245, 246.
[41]) Seuffert's Archiv, Bd. 5, Nr. 268.

recht ersichtlich, ob der einfachen Mahnung diese Wirkung hat abgesprochen werden sollen; jedenfalls wäre das nicht richtig.

Nach einer Entscheidung des O. A. G. zu Wiesbaden [42]) und des O. A. G. zu Jena [43]) soll das Privilegium des Fiscus den Proceßzinsen gegenüber nicht gelten. Allein nach der richtigen Ansicht ist der Fiscus auch der einfachen Mahnung gegenüber nicht privilegirt [44]).

In einer Entscheidung des Lübecker O. A. G. [45]) werden zwar Proceßzinsen zugelassen, dagegen Mahnungszinsen aberkannt, weil der Kläger „die vom Beklagten mit Recht geforderte Caution für Kosten und Fortsetzung der Sache noch immer nicht geleistet". Allein ein derartiges Vorbringen des Beklagten hat für unsere Frage nur unter der Voraussetzung Bedeutung, daß es zur Freisprechung von der Instanz führt [46]). In dieser Beziehung findet dann aber wieder zwischen Klagmittheilung und einfacher Mahnung kein Unterschied Statt [47]).

Andere Entscheidungen schließen die Mahnungszinsen aus, lassen dagegen die Proceßzinsen zu:

„wenn das Quantum der zu zahlenden Hauptsumme erst im Lauf des Processes durch richterliches Erkenntniß festgestellt ist". So das O. A. G. in Lübeck [48]).

„weil bis dahin der Umfang der Leistung ungewiß ist". So das O. A. G. zu Dresden [49]).

„wenn es sich erst um richterliche Feststellung der zu zahlenden Hauptschuld handelt". So das O. A. G. zu München [50]).

„weil — — eine unzulässige Berechnung der fraglichen Enschädigungsforderung gemacht war". So das Obertribunal zu Stuttgart [51]).

---

[42]) Ebendas. Bd. 17, Nr. 222.

[43]) Ebendas. Bd. 20, Nr. 22.

[44]) Siehe oben § 81, S 242 fgg.

[45]) Seuffert's Archiv, Bd. 3, Nr. 17.

[46]) Vgl. Wetzell, Civilproceß, § 30, Text bei Anm. 71, zweite Auflage, S. 292.

[47]) Siehe oben Bd. I, S. 342—344.

[48]) Seuffert's Archiv, Bd. 2, Nr. 148; Bd. 5, Nr. 261.

[49]) Ebendas. Bd. 6, Nr. 202.

[50]) Ebendas. Bd. 17, Nr. 199.

[51]) Ebendas. Bd. 14, Nr. 275.

Allein diese letzten Entscheidungen sind sammt und sonders Ausfluß des unrichtigen Satzes: daß eine einfache Mahnung wegen Zuvielforderung nichtig sei [52]).

So beruht denn die Annahme von besondern Proceßzinsen in den obigen Entscheidungen theils darauf: daß man die Wirksamkeit einer einfachen Mahnung von zu strengen Voraussetzungen abhängig machte, und andererseits das Gebiet der Mahnung zu sehr einengte.

§ 102.

Gebiet und Wirkungen der heutigen Mahnung.

Ueber das Gebiet der heutigen Mahnung im allgemeinen habe ich freilich bereits im dritten Abschnitte gehandelt. Da indes jetzt sämmtliche Wirkungen der Mahnung erörtert sind, läßt sich dies Gebiet noch etwas schärfer abgrenzen.

Ich beginne damit, die ungültigen Römischen Wirkungen auszuscheiden, die sonstigen Unterschiede zwischen Römischem und heutigem Recht anzugeben und die Wirkungen der heutigen Mahnung zusammen zu stellen.

I. Die eigentliche Obligationsverlängerung der Römer ist weggefallen, und an dessen Stelle der Interessebegriff getreten. Daneben gilt aber der Satz: daß bei alternativen Obligationen, wenn die geringere Sache nach der Mahnung untergeht, der Schuldner die Befugnis verliert, sich mit Zahlung des geringeren Werthes abzufinden — sowie der andere: daß zufälliger Untergang nach der Mahnung den Käufer von Zahlung des Kaufpreises befreit. Der letztere Satz liegt freilich genau genommen außerhalb unserer Sphäre, da wir es nur mit den Wirkungen der Mahnung insoferne zu thun haben, als sie die betreffende Obligation umgestaltet [1]).

Der Uebergang des Wahlrechts zwischen Zahlungsorten bei alternativen Obligationen knüpft sich heutzutage nicht mehr an die Mahnung, sondern an den Ungehorsam des Beklagten gegen richterliche Auflagen [2]).

Die active Vererblichkeit bei an sich activ unvererblichen Obligationen war, als Folge der Mahnung, bereits im Justinian'schen Rechte weggefallen [3]).

---

[52]) Siehe Bd. I, S. 539.

[1]) Siehe oben § 65, S. 49.

[2]) Siehe oben § 74, S. 141 fgg.

[3]) Siehe oben § 75, S. 152 fgg.

Weggefallen sind heutzutage ferner die Wirkungen der Mahnung beim Freiheitsfideicommiß.

Ebenso kann die Umwandlung einer Nichtgeldleistung in eine Geldleistung, die als Folge der Mahnung theilweise schon im Justinianschen Recht beseitigt war, heutzutage in keiner Weise mehr in Betracht kommen [4]).

II. Mit andern Wirkungen des Römischen Rechtes ist im Laufe der Zeit eine Umwandlung vor sich gegangen.

So ist z. B. beim Wahlrecht zwischen zwei verschiedenen Zeitpreisen an die Stelle des Zeitpunktes, wo das Urtheil zu sprechen, im heutigen Recht der Zeitpunkt der Erfüllung getreten. Außerdem ist in dieser Beziehung zu beachten: daß ein heutiger Gläubiger jedenfalls berechtigt ist, auf die Sachleistung selber zu klagen [5]).

Ferner ist beim Wahlrecht zwischen zwei verschiedenen Ortspreisen an die Stelle des Klageortes heutzutage der Erfüllungsort getreten. Auch kann dieses Wahlrecht heutzutage nur vorkommen, wenn der wirkliche oder im Urtheil angegebene, und der verabredete oder sonst gegebene Erfüllungsort auseinander fallen [6]).

Der Anspruch auf Mahnungszinsen erscheint uns heutzutage in einem wesentlich andern Lichte als den Römern. Die Römer erblickten in diesen Zinsen eine Nachbildung der Vertragszinse. Das nachrömische Recht ist zu diesem Anspruche erst wieder auf dem Umwege des Interessebegriffes gelangt. Uns ist die Mahnungszinse von Haus aus ein Interesse-Surrogat. Beide Auffassungen führen in mancher Beziehung zu wesentlich verschiedenen Ergebnissen [7]).

Die gewaltigste Umwandlung hat aber der Interessebegriff erlitten. Dem Römischen Recht fehlt bei Obligationen auf Nichtgeldleistungen durchgehends unsere heutige Erfüllungsklage [8]). Jedenfalls ist der Interesse-Anspruch, den das Römische Recht mit unserer Mahnung verknüpft, vielleicht von einer einzigen unbedeutenden Ausnahme abgesehen [9]), nur ein Interesse-Anspruch wegen Nichterfüllung. Heut-

---

[4]) Siehe oben § 86, S. 335.

[5]) Siehe oben § 69, S. 83 fgg.

[6]) Siehe oben § 73, S. 129.

[7]) Siehe oben § 81, S. 239, 240, 256.

[8]) Siehe oben § 91, S. 341 fgg.

[9]) fr. 26, Leg. III. Siehe dazu oben § 88, S. 396; § 91, Nr. 5, S. 476, 477.

zutage spaltet sich dagegen der Interesse-Anspruch in die beiden Begriffe Schadensersatz wegen verspäteter und wegen Nichterfüllung. Auf den Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Erfüllung ist ein heutiger Gläubiger zunächst angewiesen. Und die Frage, wann ihm ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zustehe: kann jedenfalls nicht aus dem Corpus juris erschöpfend beantwortet werden [10]).

Weiter taucht für das heutige Recht die Frage auf: wann einem Gläubiger die Befugnis zustehen soll, wegen nichtbeachteter Mahnung eine Obligation einseitig durch Kündigung aufzuheben? [11]).

Auch über die Frage: in wie fern eine Nichtbeachtung der Mahnung zur Folge haben kann, daß der gemahnte Schuldner an einem andern, als dem von Haus aus gegebenen Erfüllungsorte leisten muß [12]) — gewährt uns das Corpus juris keinen Aufschluß.

Endlich kommt einem heutigen Gläubiger, der mit der Erfüllungsklage auftritt, die sachliche Werthbesserung zu gute, welche nach der Mahnung mit der Sache vorgegangen ist, sofern dem Schuldner kein jus tollendi zusteht [13]).

III. Die Wirkungen der heutigen Mahnung sind die nachstehenden:

1. Bei alternativen Obligationen verliert der Schuldner, wenn die geringere Sache nach der Mahnung untergeht, die Befugnis, sich mit Zahlung des geringeren Werthes abzufinden.

2. Wahlrecht zwischen zwei verschiedenen Zeitpreisen bei Obligationen auf marktgängige Waaren.

3. Wahlrecht zwischen zwei verschiedenen Ortspreisen bei Obligationen auf marktgängige Waaren.

4. Der gemahnte Schuldner muß an einem andern, als dem von Haus aus gegebenen Erfüllungsort leisten.

5. Zinsen.

6. Früchte und sonstige Bereicherung.

7. Verdoppelung des Anspruches beim Vermächtnis zu frommen Zwecken.

8. Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.

9. Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

---

[10]) Siehe oben § 91, S. 464 fgg.

[11]) Siehe oben § 87, S. 372 fgg.

[12]) Siehe oben § 74, S. 132 fgg.

[13]) Siehe oben § 67, S. 68, 69.

10. Einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung.

11. Anspruch auf die sachliche Werthbesserung.

IV. Von diesen elf Wirkungen haben die unter 1, 2, 3, 7 genannten ein ziemlich beschränktes Gebiet, wie von selber einleuchtet. Dasselbe gilt aber auch von der unter 4 aufgeführten Wirkung, da dieselbe nur bei den Obligationen zur Frage kommen kann, wo der Gläubiger sich zur Entgegennahme der Leistung zu einer bestimmten Zeit beim Schuldner oder an einem dritten Orte einzufinden hat [14]). Und ebenso steht es um die unter 11 erwähnte Wirkung, da diese auf dem Gesichtspunkt der Unvermeidlichkeit beruht: von derselben also keine Rede sein kann, sofern dem Schuldner eine Wiederwegnahme der Besserung möglich ist.

Die unter 9 und 10 aufgeführten Wirkungen kann man als die außerordentlichen den übrigen als den ordentlichen gegenüber stellen. Denn einentheils reicht die einfache Mahnung zum Eintritt dieser Wirkungen in der Regel nicht aus, es muß vielmehr eine besondere Androhung u. dgl. derselben voraufgegangen sein [15]). Andererseits ist auch das Gebiet dieser außerordentlichen Wirkungen ein mehr außerordentliches.

So kamen wir in dieser Beziehung für die einseitige Aufhebungsbefugnis durch Kündigung zu folgenden Ergebnissen [16]).

a. Es muß sich um Leistungen handeln, denen Gegenleistungen entsprechen.

b. Jedenfalls steht dem Gläubiger diese Befugnis soweit zu, als er Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen kann.

c. Soweit ein handelsrechtliches Kauf- oder Verkaufgeschäft vorliegt [17]).

d. Bei Leistungen, die einentheils doch nicht unmittelbar erzwungen werden können, andererseits aber leicht anderweitig zu beschaffen sind.

e. Sofern der Gläubiger den Nachweis liefert: daß er sich die fragliche Vermögensänderung schneller anderweitig besorgen kann, als wenn er auf den Weg des Civilzwanges angewiesen bleibt.

Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann dagegen vom Gläubiger gefordert werden [18]):

---

[14]) Siehe oben § 74, S. 133 fgg.

[15]) Vgl. oben § 87, S. 343; § 91, S. 468 fgg.

[16]) Siehe oben § 87, S. 374 fgg.

[17]) H. G. B., Art. 354, 355, 357.

[18]) Siehe oben § 91, S. 464 fgg.

a. Sofern die ursprüngliche Leistung nicht mehr möglich ist. Diese Unmöglichkeit kann bei Sachen, die zum Fruchtgenuß oder zur Benutzung bestimmt sind, schon durch bloße Vorenthaltung der Sache eintreten.

b. Wenn die Leistung einem bestimmten Zwecke dienen sollte, und der Schuldner hiervon in Kenntnis gesetzt ist.

c. Wo auf diese Weise die Nachtheile, welche das Civilunrecht des Schuldners in seinem Gefolge hat, enger begrenzt werden, als wenn der Gläubiger zum Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung seine Zuflucht genommen hätte.

d. Ausgeschlossen ist dieser Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Vermächtnissen, soweit nicht der Gesichtspunkt unter a zutrifft, und überhaupt bei einseitigen Obligationen.

e. Ferner bei Geldleistungen, abgesehen von solchen, die der Schuldner wieder erhalten soll.

f. Das Handelsgesetzbuch räumt diesen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur dem Käufer [19]), nicht aber dem Verkäufer ein [20]).

V. Es bleiben jetzt noch die ordentlichen Wirkungen zu betrachten, deren Gebiet nicht besonders eingeschränkt ist. Es sind dies die unter 5, 6 und 8 erwähnten, nämlich: Zinsen, Früchte und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.

Im Römischen Recht treffen wir diese Wirkungen nur bei ganz bestimmten Obligationen, bezw. Obligationengattungen an. Dem gegenüber ist im heutigen Recht eine Verallgemeinerung eingetreten. Obige drei Wirkungen sind der Mahnung, soweit die Beschaffenheit der Leistung dies zuläßt, im allgemeinen in dem Umfange beizulegen, als das Gebiet der Mahnung überhaupt reicht. Es fragt sich demnach: wie weit dies ist?

Dieser Frage waren die Untersuchungen im dritten Abschnitte gewidmet. Wir sahen dort: daß sich die Mahnung auf das Obligationenrecht beschränke [21]), daß aber selbst im Obligationenrechte weite Gebiete vorhanden seien, welche von unserer Mahnung wenig oder gar nicht berührt wurden.

So wird nur selten von unserer Mahnung bei den Obligationen

---

[19]) H. G. B. Art. 355.

[20]) H. G. B. Art. 354.

[21]) Siehe Bd. I, § 9.

die Rede sein, bei deren Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers nicht erforderlich ist [22]).

Ferner ist unsere Mahnung soweit ausgeschlossen, als heutzutage die Rechtsregel „der Tag mahnt für den Gläubiger" reicht [23]); sowie bei den verhältnismäßig seltenen Obligationen, die bei nichtrechtzeitiger Erfüllung von selber aufgehoben sind [24]).

Weiter sind Wirkungen unserer Mahnung da nicht denkbar, wo es sich um eine allgemeine Verpflichtung in Bezug auf Sicherstellung handelt [25]).

Dagegen das Schenkversprechen, und allgemeiner jedes Liberalitätsversprechen bietet zwar keinen Raum für die einfache Mahnung, wohl aber für die Mahnung, wenn sie die Gestalt der Klagmittheilung annimmt [26]).

Dann ist zu bemerken: daß von obigen Wirkungen der Mahnung nur insofern die Rede sein kann, als der Gläubiger nicht schon aus einem andern Grunde auf dieselben einen Anspruch hat [27]).

Diese Sätze hatten wir schon früher gefunden, und diese Sätze sind jetzt noch ein wenig zu ergänzen.

Da die Nichtbeachtung der Mahnung sich als ein Anwendungsfall des negativen Civilunrechts darstellt, darf man sie verständiger Weise nur bei solchen Obligationen zulassen, deren Bestehen, als dem durch das Recht geheischten Bestande der Dinge entsprechend, man sich wenigstens als möglich vorstellen kann. Sobald der Schuldner eine Mahnung unbeachtet läßt, entsteht eine Verrückung zwischen dem durch das Recht geheischten und dem thatsächlichen Zustande der Dinge [28]). Also setzt die Mahnung Obligationen voraus, deren Bestehen ohne sie dem durch das Recht geheischten Bestande der Dinge entsprochen haben würde. Wenigstens wäre eine Erweiterung des Mahnungsgebietes eine Irrationalität, die wir nur soweit zulassen dürften, als uns eine positive Gesetzgebung dazu nöthigte.

Demgemäß scheiden alle Obligationen aus, die von vorne herein auf einem Delicte beruhen. Denn das Bestehen einer solchen Obligation ist nothwendig schon an sich ein vom Schuldner dem Gläubiger zugefügtes

[22]) Siehe Bd. I, § 10.
[23]) Siehe Bd. I, § 13.
[24]) Siehe Bd. I, § 12, S. 105, 106.
[25]) Siehe oben, § 89, S. 424, 425.
[26]) Siehe oben, § 101, S. 629.
[27]) Siehe Bd. I, S. 150, 151.
[28]) Siehe Bd. I, S. 422.

Civilunrecht. Bei Obligationen dieser Art erwähnen die Römer denn auch nirgends unserer Mahnung. Und daß die Mahnung für die Contractsculpa von Bedeutung werden kann, siehe oben S. 387 fgg., steht mit dem Gesagten nicht in Widerspruch.

Ueberhaupt treffen wir unsere Mahnung, wenn wir die einzelnen Obligationen überblicken, im Römischen Recht nur bei folgenden Gattungen an: beim Vermächtnis, Vertrag und solchen Obligationen, die auf einem vertragsähnlichen Grunde beruhen, wie z. B. der Verpflichtung des Vormundes.

Diesen Obligationen-Gattungen wäre dann wohl noch die unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Obligation, z. B. die Verpflichtung zur Zahlung von Abgaben, hinzuzufügen. Wenigstens vermag ich keinen innern Grund ausfindig zu machen, welcher hier der Zulassung der Mahnung entgegenstände.

Uebrigens gehören zu diesen unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Obligationen keineswegs alle die Ansprüche, die Windscheid [29]) unter dieser Rubrik aufführt. In Bezug auf die actio ad exhibendum hatte ich schon früher Gelegenheit, auszuführen: daß dieselbe in's Sachenrecht gehöre [30]). Dasselbe gilt von der von Windscheid in's Obligationenrecht gestellten actio aquae pluriae arcendae, die denn auch v. Keller [31]) bereits im Sachenrecht abhandelt.

Anlangend die Interdicte, bei denen die Römer die Mahnung gänzlich ausgeschlossen haben [32]), so wird man dieselbe hier heutzutage jedenfalls nur soweit zulassen können, als der durch Interdict geschützte Anspruch unter eine der obigen Kategorien fällt. Dies ist z. B. beim Precarium der Fall, wo sich der Interdictenschutz dadurch erklärt: daß die Römer dies Verhältnis ursprünglich gar nicht als Vertrag aufgefaßt haben [33]).

Am allerweitesten geht übrigens heutzutage das Gebiet des Zinsenanspruches. Diesen treffen wir selbst da an, wo ausnahmsweise von einem Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung nicht die Rede sein kann: nämlich beim Wechsel und beim Verzuge des Actionärs [34]).

---

[29]) Pandekten, Bd. II, § 473—475.

[30]) Siehe oben, § 88, S. 405—408.

[31]) Pandekten, § 161.

[32]) Siehe oben § 100, S. 615.

[33]) Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 376, Anm. 2.

[34]) Vgl oben § 89, S. 417—420.

§ 103.
Verhältnis der Mahnungswirkungen zum Interessebegriff.

Man möchte vielleicht der Ansicht sein: daß dasjenige positive Recht seine Aufgabe in der hier fraglichen Beziehung am vollkommensten lösen würde, welches mit der Mahnung weiter nichts als einen Interesseanspruch verknüpft, und dies Interesse als den durch die Nichtbeachtung der Mahnung hervorgerufenen Vermögensunterschied aufgefaßt hätte. Darnach würde zwar ein Gläubiger in allen Fällen genau das erhalten, was er in Folge der nichtbeachteten Mahnung eingebüßt hätte, aber auch nie mehr.

Von derartigen Anschauungen werden Wolff und Mommsen ausgegangen sein, als sie es vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus unternahmen: sämmtliche Wirkungen der Mahnung auf den Interesseanspruch zurückzuführen [1]).

So viel Bestechendes eine derartige Ansicht auf den ersten Augenblick indes auch haben mag, wird man gleichwohl behaupten müssen: daß ein positives Recht, welches in angegebener Weise zu Werke ginge, an sehr großen Mängeln leiden würde.

Zunächst ist das positive gemeine Recht beim Interesseanspruch schon gar nicht bemüht gewesen: den Vermögensunterschied, den die Nichtbeachtung der Mahnung hervorgerufen, mit aller Aengstlichkeit zu ermitteln. Schon der Interesseanspruch des positiven gemeinen Rechts gibt dem Gläubiger bald mehr, bald weniger als den wirklichen Vermögensunterschied.

So ist ja denkbar: daß das Vermögen des Gläubigers bei beachteter Mahnung kleiner gewesen wäre, als es jetzt bei nichtbeachteter ist [2]). Wollte man demnach überall ganz genau den Vermögensunterschied ausgleichen, so müßte man in einem solchen Falle auch dem Schuldner, der dem Gläubiger Civilunrecht zufügte, einen Anspruch auf diesen Vermögensunterschied gewähren.

Ferner wird die Werthermittlung häufig ganz verschieden ausfallen, je nachdem man sich auf den Angebots- oder Nachfrage-Stand-

---

[1]) Siehe oben § 62, S. 3, 4.

[2]) Siehe oben § 90, Nr. 11, S. 435—437.

punkt stellt. Es ist ein Vortheil für den Gläubiger, daß der gemahnte Schuldner sich gegenüber im allgemeinen den Nachfragestandpunkt gelten lassen muß [3]).

Und wie in dieser Beziehung der Gläubiger überreichlich zu bekommen scheint, wird andererseits wieder der Vermögensunterschied gar nicht zu voll ausgeglichen. So kommt nicht in Anschlag der unschätzbare Werth [4]). Ausgeschlossen ist ferner Gewinn von Gewinn [5]). Die Handlung, durch welche der Gewinn vermittelt wäre, darf sich nicht als eine unsittliche darstellen [6]). Auch darf der Interessanspruch ein gewisses Durchschnittsmaß nicht überschreiten [7]).

Ueberhaupt ist jeder Interessanspruch nur ein ungefährer Anspruch. Kein Sterblicher vermag in die Zukunft zu schauen. Was würde aus einem Vermögen zu einer spätern Zeit geworden sein, wenn der Schuldner zu einer frühern Zeit eine Mahnung beachtet hätte? Auf Heller und Pfennig wird sich das nie berechnen lassen. Wie solch ein Interessanspruch ausfällt, wird demnach vielfach von der Individualität des jeweiligen Richters abhängen. Andererseits kommt hier auch sehr viel auf die jeweilige Zeitströmung an. So ersehen wir z. B. aus der zweiten Hälfte von c. un. C. de sententiis 7, 47 und der Erklärung dazu von Theodorus [8]): daß man vor Justinian sehr geneigt war, die Interessansprüche möglichst auszudehnen. Wenn daher das positive Recht in der Weise, wie das gemeine, bestimmte auf inneren Gründen beruhende Grenzlinien aufstellt, innerhalb deren der Interessebegriff sich zu bewegen hat; so können derartige Vorschriften nur wohlthätig wirken.

Gibt aber der Interessanspruch des positiven Rechts schon selber dem Gläubiger bald mehr, bald weniger, als der wirkliche Vermögensunterschied beträgt; so ist damit die ganze Grundlage erschüttert, auf welcher Wolff und Mommsen aufgebaut haben. Denn so gut das positive Recht sich hier veranlaßt gesehen hat, vom reinen Vermögensunterschiede abzuweichen; so gut sind auch vom Standpunkte des positiven Rechts aus Gründe denkbar, die dahin führten: bei Fest-

---

3) Siehe oben § 90, Nr. 6, S. 431.
4) Siehe oben § 90, Nr. 7, S. 431, 432.
5) Siehe oben § 90, Nr. 10, S. 433—435.
6) Siehe oben § 90, Nr. 9, S. 433.
7) Siehe oben § 90, Nr. 8, S. 432.
8) Siehe oben § 95, S. 542 fgg.

stellung der Mahnungswirkungen vom Interesseanspruch gänzlich abzusehen.

Dazu kommt: daß die Mommsen'sche Auffassung, anlangend das Römische Recht, gänzlich unhistorisch ist. Die Mahnung hat nach Römischem Rechte Wirkungen geäußert, lange bevor es den Interessebegriff gab. Der Interessebegriff hat sich erst nach und nach im Laufe der Zeit, und zwar verhältnismäßig spät eingefunden, wie im nächsten Abschnitt noch näher ausgeführt werden soll [9]). Sämmtliche Wirkungen ohne Ausnahme, die ich für das Römische Recht neben den Interessebegriff hingestellt habe, lassen sich auf denselben nicht zurückführen; wie dies theils der bloße Augenschein zeigt [10]), theils auch besonders ausgeführt ist [11]). Und selbst die Wirkungen der Mahnung beim Freiheitsfideicommiß — sofern sie den Zustand herstellen sollen, welcher vorhanden gewesen wäre, wenn die Mahnung beachtet worden — haben es doch immer nicht mit Ausgleichung reiner Vermögensunterschiede zu thun [12]).

Im heutigen Recht kommt dem Interesseanspruch unter den Mahnungswirkungen allerdings im Vergleich zum Römischen Recht erhöhte Bedeutung zu. Alle Wirkungen lassen sich aber hier ebenfalls nicht auf denselben zurückführen.

Zunächst ist in dieser Beziehung zu bedenken: daß jeder Interesseanspruch bewiesen werden muß [13]). Ein derartiger Beweis ist aber häufig sehr schwierig [14]). Ein positives Recht, welches hierauf keine Rücksicht nehmen wollte, würde sehr schlecht für den Gläubiger sorgen. Allerdings ist im Nothfall auf den Würderungseid zurückzugehen [15]). Allein dieses letzte Aushülfsmittel greift doch nur da Platz, wo klar vorliegt, daß der Gläubiger durch Nichtbeachtung der Mahnung einen Vermögensnachtheil erlitten hat. Es sind aber sehr viele Fälle denkbar, wo diese Voraussetzungen nicht zutreffen; wo demnach ein Gläubiger, der sich lediglich auf den Interesseanspruch angewiesen sähe, sich in einer sehr üblen Lage befinden würde; namentlich gilt dies von

[9]) Siehe Bd. III, § 105.

[10]) Man sehe sich deshalb die oben § 100 unter I—X zusammengestellten Wirkungen an.

[11]) Vgl. z. B. hinsichtlich der Obligationsverlängerung in beiderlei Gestalt § 63, S. 10, und § 75, S. 152—154.

[12]) Siehe oben § 84, S. 300.

[13]) Siehe oben § 99, S. 609—611.

[14]) fr. 11 de stip. praet. 46, 5; § 7 J. de V. O. 3, 15.

[15]) Siehe oben § 90, Nr. 12, S. 437—439.

zwei sehr wichtigen Obligationengattungen, bei denen Interesse ein sehr schwieriger Begriff ist, den Geldleistungen und den Leistungen auf marktgängige Waaren.

Hier greift dann das Recht mit seinen Interesse-Surrogaten helfend ein. Bei Geldleistungen gewährt es dem Gläubiger einen Anspruch auf Zinsen, bei Leistungen auf marktgängige Waaren ein Wahlrecht zwischen verschiedenen Orts- und Zeitpreisen.

Andererseits macht sich dann auch der Gesichtspunkt der Unvermeidlichkeit geltend. Es läßt sich nicht anders machen, und folgeweise muß der gemahnte Schuldner Nachtheile leiden. So beim Anspruch auf die sachliche Werthbesserung [16]) und bei der Mahnungswirkung, die darin besteht: daß der Schuldner an einem andern, als dem von Haus aus gegebenen Erfüllungsort leisten muß [17]). Und hierher gehört es auch: daß einem Käufer marktgängiger Waaren, der auf Sachleistung besteht, ein Steigen der Preise auf alle Fälle zugute kommt, einerlei ob er behalten oder verkauft hätte [18]).

Ferner kann man unmöglich zugeben: daß der Schuldner eine Bereicherung behält, die er nicht gehabt hätte, wenn die Mahnung von ihm beachtet wäre. Diese Wirkung läßt sich aber ebenfalls nicht dem Interessebegriff einreihen [19]).

Die bisher in's Auge gefaßten Wirkungen der heutigen Mahnung kann man die rationellen nennen. Sie lassen sich insgesammt auf innere Gründe zurückführen, und eine heutige Gesetzgebung würde von ihnen nicht gut absehen können.

Außerdem gibt es aber auch noch zwei irrationelle Wirkungen, die man füglich entbehren könnte. Nämlich die Verdoppelung des Anspruchs beim Vermächtnis zu frommen Zwecken, sowie den Satz: daß der Schuldner bei alternativen Obligationen, wenn die geringere Sache nach der Mahnung untergeht, die Befugnis verliert, sich mit Zahlung des geringeren Werthes abzufinden.

Mommsen hat sich über beide Irrationalitäten hinwegzusetzen gesucht [20]), indes aus ungenügenden Gründen [21]). Ueberhaupt herrscht

---

[16]) Siehe oben § 67, S. 68, 69.

[17]) Siehe oben § 74, S. 133 fgg.

[18]) Siehe oben § 70, S. 101.

[19]) Siehe oben § 82, S. 259 fgg.

[20]) a. a. O. S. 262, Anm. 11, und S. 257, Anm. 2.

[21]) Siehe oben § 63, S. 19, 20, und § 85, S. 304.

bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern viel zu sehr das Streben vor: das Recht, als von jeder Irrationalität frei, darzustellen. Es kann aber unmöglich die Aufgabe eines Schriftstellers sein: aus einem positiven Rechte alle und jede Irrationalität ausmerzen zu wollen. Derartige Irrationalitäten finden sich im Laufe der Zeit bei jedem positiven Recht in kleinerer oder größerer Zahl stets an. Dies kann auch gar nicht anders sein. Denn die Bedürfnisse sind stets eher vorhanden, als die Rechtsvorschriften, welche diesen Bedürfnissen dienen. Das positive Recht hinkt immer den Bedürfnissen hinterdrein. Andererseits stößt es aber die Rechtssätze, die es einmal in sich aufgenommen hat, nicht sofort wieder ab, sobald die Bedürfnisse, die sie in's Leben gerufen haben, nicht mehr vorhanden sind. Und so entstehen die irrationellen Rechtssätze, die den Bedürfnissen einer früheren Zeit entsprechen mochten, aber für die Gegenwart nicht mehr passen.

So wird es vielleicht ganz dem Geiste seiner Zeit entsprochen haben, als Justinian anordnete: daß bei Vermächtnissen zu frommen Zwecken die Nichtbeachtung der Mahnung eine Verdoppelung des Anspruchs zur Folge habe. Heutzutage begreift man indes nicht: weshalb bei diesen Vermächtnissen in dieser Beziehung etwas Besonderes gelten soll.

Und was die alternativen Obligationen anbetrifft, so liegt die Anomalie viel weniger in der betreffenden Mahnungswirkung, als vielmehr darin: daß ein nichtgemahnter Schuldner die Befugnis haben soll, beim Untergang der geringeren Sache sich mit Zahlung des geringeren Werthes abzufinden.

Gleichwohl begreift sich leicht: wie ein solcher Satz auf Römischem Boden entstehen konnte. Denn der öconomische Zweck der alternativen Obligation war hier vorzugsweise: den Schuldner für Zufall verantwortlich zu machen [22]). Da mochte es denn der Absicht der Contrahenten ganz entsprechend sein, wenn man derartige Obligationen dahin auffaßte: daß der Schuldner beim Untergang der geringeren Sache nicht die werthvollere, sondern nur den Preis der geringeren zu zahlen habe.

Heutzutage ist das Gebiet der alternativen Obligation unendlich viel kleiner, als bei den Römern. Die alternative Obligation hat heutzutage an Bedeutung sehr verloren. Wir würden kaum darauf

---

[22]) Vgl. Kniep, Einfluß der bedingten Novation, S. 44. — Siehe auch oben S. 18.

verfallen sein: für die alternative Obligation einen Rechtssatz, wie den fraglichen, neu zu erfinden. Und andererseits hat der betreffende Rechtssatz für das heutige Recht kaum einen vernünftigen Sinn.

So bin ich denn über die Irrationalitäten der beiden in Frage stehenden Mahnungswirkungen durchaus nicht im Zweifel. Andererseits vermag ich aber ebensowenig einzusehen: weshalb sie heutzutage nicht mehr gelten sollten.

Stellen-Verzeichnis.

Basilica.

Boethius.

Cato.

Cicero.

Clementinae.

Codex Justinianeus.

Coll. leg. R. et M.

Consultatio V. J. C.

Decretum Gratiani.

Digesta.

Dositheus.

Extravagantes Communes.

Festus.

Fragmenta Vaticana.

Gajus.

Gaji epitome.

Gellius N. A.

Inscriptiones.

Institutiones Justiniani.

Isidorus.

Lampridius.

Liber extra decretum.

Liber Sextus.

Mecklenburg-Schwerinsche Gesetzgebung.

Novellae Justiniani.

Novellae Theodosii.

Paulus R. S.

Plautus.

Quinctilianus.

Reichsgesetzgebung.

Suetonius.

Tacitus.

Theophili paraphrasis.

Valerius Maximus.

Varro.

Ulpiani fragmenta.

Haeusler.

Kniep, Karl Friedr. Ferd.

Die Mora des Schuldners nach Römischem und heutigem Recht von Karl Friedr. Ferd. Kniep

Bd.: 2

Rostock (1872)